UNIVERSITÉ DE RENNES - FACULTÉ DE DROIT

DE

L'Exécution en Nature des Obligations de Faire ou de ne pas Faire

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(Sciences Juridiques)

Présentée et soutenue

Le 25 Juin à 16 heures

par RENÉ MARCILLE
Avocat à la Cour d'Appel de Rennes
Lauréat de la Faculté de Droit

JURY { MM. P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, Professeur, *Président.*
TRASBOT, Professeur.
LAGARDE, Professeur.

RENNES
IMPRIMERIE COMMERCIALE DE BRETAGNE
7, Rue des Francs-Bourgeois, 7

1931

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549208_0005

UNIVERSITÉ DE RENNES - FACULTÉ DE DROIT

DE

L'Exécution en Nature des Obligations de Faire ou de ne pas Faire

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(Sciences Juridiques)

Présentée et soutenue
Le 25 Juin à 16 heures

par RENÉ MARCILLE
Avocat à la Cour d'Appel de Rennes
Lauréat de la Faculté de Droit

JURY { MM. P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, Professeur, *Président.*
TRASBOT, Professeur.
LAGARDE, Professeur.

RENNES
IMPRIMERIE COMMERCIALE DE BRETAGNE
7, Rue des Francs-Bourgeois, 7
—
1931

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les Thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

De l'Exécution en Nature des Obligations de Faire ou de ne pas Faire

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION. — *Droits du créancier. Intérêt et position du problème* 11

CHAPITRE PREMIER. — *Origine et esprit de l'article 1142 du Code civil* 25

SECTION I. — Aperçu historique sur l'exécution des obligations 25

SECTION II. — L'esprit du Code civil 33

CHAPITRE II. — *Possibilités ouvertes par les articles 1143 et 1144, incomplètement utilisées par la jurisprudence* 39

SECTION I. — Application par la jurisprudence des articles 1143 et 1144 39

SECTION II. — Réalisation d'acte juridique et obligation de délivrance 49

CHAPITRE III. — *Différentes manières de concevoir le préjudice direct et d'en définir les éléments* 53

CHAPITRE IV. — *Les initiatives de la jurisprudence* ... 61

SECTION I. — Les Astreintes 61

SECTION II. — Le laissé pour compte 73

SECTION III. — Condamnation à effectuer une réparation matérielle 87

§ 1. Dans le domaine contractuel 87

§ 2. Dans les obligations délictuelles et quasi-délictuelles 103

CONCLUSION 113

BIBLIOGRAPHIE

I. — Ouvrages généraux.

AUBRY et RAU. — *Cours de Droit civil français*, 5e édit.

BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE. — *Des Obligations.*

BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL. — *Du contrat de louage*, 2e édit., 1900-1901.

COLIN et CAPITANT. — *Cours de Droit civil*, 3e édit.

DEMOLOMBE. — *Cours et Code Napoléon* (t. XXIV).

P. ESMEIN. — *Les Obligations* (t. I et II) (*Traité pratique de Droit civil* de PLANIOL et RIPERT).

FENET. — *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil.*

HUC. — *Commentaire théorique et pratique du Code civil* (t. VII).

JOSSERAND. — *Cours de Droit civil positif français*, 1930.

JOSSERAND. — *Les Transports* (*en service intérieur et en service international.*), 2e édit., 1926.

LAROMBIÈRE. — *Théorie et pratique des Obligations* (t. I).

LAURENT. — *Principes de Droit civil français* (t. XVI).

LOCRÉ. — *Législation civile, commerciale et criminelle de la France* (1832).

LYON-CAEN et RENAULT. — *Traité de Droit commercial*, 4e édit., (t. III).

PLANIOL et RIPERT. — *Traité élémentaire de Droit civil*, 10e édit. (t. II), 1926.

POTHIER. — *Des Obligations. Contrat de vente. Louage*, édit. Bugnet.

ROGER. — *Manuel juridique des transports.*

SALEILLES. — *Essai d'une théorie générale de l'Obligation d'après le projet de Code civil allemand* (1890).

SOURDAT. — *Traité général de la responsabilité*, 2e édit.

THALLER. — *Traité élémentaire de Droit commercial*, 6e édit., par PERCEROU, 1922.

II. — Ouvrages étrangers.

Code civil allemand. Traduction du Comité de législations étrangères.

Von THÜR. — *Naturalherstellung und Geldersatz. Jahrb. de Ihering* (t. LXVI), 1904.

SCHLOSSMANN. — *Ueber die Geldkondemnation und die Gründe ihrer Einfuhrung, Jahrb. de Ihering* (t. LXVI), 1904.

EHRENWEIG. — *System des œterr. allg. Privatrechts*, 1920, II, § 303.

SCHNEIDER et FICK. — *Commentaire du Code fédéral des Obligations.* Adaptation par PORRET (t. I).

GMÜR. — *Commentaire du Code fédéral des Obligations* (t. VI).

POLACCO. — *Le Obbligazioni nel dir. civ. italiano* (t. I).

III. — Ouvrages spéciaux.

MEYNIAL. — *Sanction civile des Obligations de faire et de ne pas faire* (*Revue pratique de Droit français*, 1884, t. LVI).

MASSIN. — *De l'exécution forcée des Obligations de faire et de ne pas faire.* Thèse, Paris, 1893.

CROISSANT. — *Les astreintes.* Thèse, Paris, 1898.

J. BERRYER. — *Des astreintes.* Thèse, Paris, 1903.

A. ESMEIN. — *L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes* (*Revue trimestrielle*, 1903).

P. DUBOIS. — *Du laissé pour compte.* Thèse, Bordeaux, 1912.

MEIGNIÉ. — *Responsabilité et contrats.* Thèse, Lille, 1924.

IV. — Périodiques.

DALLOZ. — *Recueil péroidique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine.*

Gazette du Palais.

Gazette des Tribunaux.

Journal du Palais.

Pandectes Françaises.

SIREY. — *Recueil général des lois et arrêts.*

INTRODUCTION

L'obligation, rapport juridique établi entre deux ou plusieurs personnes, soit par la convention, soit par la loi, n'a de valeur que dans la mesure où elle réalise son plein effet. Aussi investit-t-elle celui qui en est le bénéficiaire, le créancier, du droit d'exiger et d'obtenir du débiteur, l'accomplissement exact de la prestation positive ou négative qui lui est imposée, autrement dit, et suivant la terminologie en usage, l'exécution en nature de l'obligation.

Mais cette exécution n'est pas également facile à obtenir dans toutes les catégories d'obligations.

Dans les obligations de donner, qui ont pour objet un bien préexistant, dont la propriété est transmise par le seul effet du consentement des parties et dès le moment même où leurs volontés se sont accordées, aucun obstacle ne s'oppose généralement à l'exécution en nature. Le créancier n'agit plus comme un simple créancier, mais bien comme un propriétaire qui revendique ce qui lui appartient ; il prend sa chose que le débiteur persiste à détenir injustement. La contrainte qui peut devenir nécessaire pour obtenir la livraison, pour empêcher le débiteur de mettre obstacle à la prise de possession, est brève, purement négative, elle n'est pas différente de celle qui pro-

tège tout individu contre une usurpation ou un acte de violence ; elle est donc légitime.

Il n'en est pas de même dans les obligations de faire et de ne pas faire, dans lesquelles le concours actif de la personne du débiteur est indispensable à la réalisation de la prestation qui en est l'objet.

Le débiteur s'est engagé à fournir au créancier une œuvre qui sera le fruit de son industrie personnelle, à accomplir un acte à son profit, ou au contraire, à s'abstenir d'une certaine activité, à renoncer à l'exercice d'une faculté en soi parfaitement licite. Il a par exemple promis de faire un portrait, de construire une maison, de venir labourer mon champ ; ou, de ne pas édifier sur le terrain que je lui ai vendu, de ne pas apporter sa collaboration à tel de mes concurrents. Au mépris de ses engagements, il refuse de s'acquitter de la prestation promise, il brave l'interdiction qui pèse sur lui.

La règle que nous avons rappelée au début de cette étude, conduirait à envisager au besoin et comme moyen extrême, une contrainte personnelle, physique, une mainmise sur sa personne pour le ramener au respect de l'obligation, l'assujettir au travail, ou l'empêcher d'agir.

A cette exécution forcée, deux obstacles, l'un qui bien que moins fréquemment se rencontre dans les obligations de donner, l'autre au contraire particulier aux obligations de faire.

Il est d'abord des cas où l'exécution obtenue tardivement, n'a plus pour le créancier d 'intérêt, ou n'est même plus possible. Le fait stipulé du débiteur peut ne procurer au créancier la satisfaction attendue que lorsqu'il est accompli par une date ou dans un laps

de temps déterminé. Même situation au cas d'obligation négative, lorsque l'acte accompli au mépris du droit du créancier ôte définitivement à l'obligation toute son utilité. Un acteur s'est engagé à ne pas paraître sur une scène, un écrivain à réserver la primeur de son ouvrage à une revue, à l'exclusion de toute autre ; l'acteur a joué au théâtre rival, l'auteur a porté son livre à l'éditeur concurrent ; ils ne pourront plus tenir leurs engagements. La violation de la promesse ou de l'interdiction rendent impossible dans l'avenir une exécution qui ne correspondrait plus aux espérances envisagées par le créancier lors de la conclusion du contrat.

Cette impossibilité n'est pas d'ailleurs spéciale aux obligations de faire. Le créancier d'une obligation de donner devra lui aussi renoncer à l'exécution, quand l'objet détruit par la faute du débiteur ou caché par lui ne peut plus lui être procuré.

Le second obstacle qui s'oppose parfois à l'exécution forcée des obligations de faire, tient aux moyens qu'il faudrait employer pour y contraindre le débiteur : contrainte physique, incarcération, travail forcé.

La violence répugne à nos mœurs ; elle heurte la conception que nous avons de la dignité et de l'inviolabilité de la de la personne humaine. L'atteinte portée à la personne physique du débiteur, serait plus dangereuse pour l'ordre social que le manquement qu'elle aurait pour but de prévenir ou de réprimer, alors que, s'agissant au moins pour les obligations positives, de la création d'une chose, d'un travail à fournir, cette violence, nécessairement prolongée, pourrait ne pas être efficace, et qu'appliquée

à une volonté rebelle, elle risquerait de n'être même pas justifiée par son utilité.

Ces deux obstacles conduisent tous les deux, à envisager, au moins dans les hypothèses où on les rencontre, une autre sanction, et à substituer à l'exécution en nature impossible, une exécution par équivalent compensatrice.

La plus facile à obtenir du créancier, parce qu'exécutable sur les biens du débiteur, celle aussi, il faut bien le reconnaître, qui se prête le mieux à une appréciation pour le juge, est la compensation pécuniaire, destinée à procurer au créancier un juste équivalent du préjudice qui lui est injustement causé, et à lui permettre, s'il le désire et si la chose est possible, de se procurer la satisfaction vainement attendue du débiteur (1).

Nous voyons ainsi apparaître pour les obligations de faire, deux modes d'exécution : **l'exécution forcée en nature** et **l'exécution par équivalent.**

Entre les deux se place une solution mixte, possible dans certains cas, l'exécution par un tiers aux dépens du débiteur, qui, offrant au créancier les avantages de l'exécution en nature, aura vis-à-vis du débiteur le caractère d'une condamnation simplement pécuniaire, avec ses facilités d'exécution.

Dans quelle mesure les deux exécutions vont-elles coexister ? Quel sera leur domaine respectif d'application ? L'une d'elles doit-elle prendre le pas sur l'autre et peut-elle être érigée en règle générale, sauf à la corriger par des exceptions nécessaires ? Quel est le système qui répond le mieux aux aspirations

---

(1) Cf. Schlossmann, p. 377 ; Von Thur, p. 42.

de la pratique ? — C'est le problème de l'exécution des obligations à faire.

La réglementation à établir repose sur cette triple conclusion déduite des principes que nous venons de rappeler :

1° Droit du créancier d'obtenir une exécution exacte ;

2° Impossibilité de recourir contre le débiteur à une contrainte directe, personnelle, physique ;

3° Nécessité, au cas d'impossibilité d'exécution en nature, de recourir à une exécution par équivalent.

Ces trois données ont aujourd'hui une valeur universelle, et on pourrait penser qu'elles ont entraîné un régime identique dans toutes les législations.

Il n'en est cependant rien, les systèmes adoptés sont encore divergents. C'est ce qui donne son intérêt à cette discussion, à une époque qui tend à l'unification du Droit et où cette unification est particulièrement souhaitable dans les matières qui, comme la nôtre, régissent des rapports de droits de plus en plus fréquents et de plus en plus étendus entre ressortissants de nationalités différentes.

Le Droit français, à peu près seul, est resté attaché à la règle que les obligations de faire ou de ne pas faire se résolvent en dommages-intérêts au cas d'inexécution. Il admet cependant, qu'au cas où l'exécution peut être obtenue indépendamment d'un concours actif du débiteur, le créancier peut se faire

autoriser par les tribunaux, juges de l'opportunité de cette mesure, à exécuter ou à faire exécuter par un tiers l'obligation aux dépens du débiteur, et la jurisprudence a fait un effort que nous mesurerons pour réduire dans une notable proportion le domaine d'application de l'exécution par équivalent.

Les législations plus récentes que la nôtre, Codes civils allemand et autrichien, Code civil italien, Code fédéral suisse des Obligations, partent d'un principe opposé. Elles ne font aucune distinction entre les diverses catégories d'obligations, et se sont ralliées à la règle générale de l' « exécution stricte ».

L'article 241 du Code civil allemand est formel : « En vertu du rapport d'obligation, le créancier a le droit d'exiger du débiteur une prestation », et la seconde partie du texte ne laisse aucun doute sur sa portée, précisant que : « la prestation peut consister dans une abstention ». L'abstention, c'est l'obligation de ne pas faire. Le premier alinéa ne distingue donc pas du point de vue de l'exécution, l'obligation de faire de l'obligation de donner.

L'article 249, relatif à la réparation du dommage causé, dispose d'autre part, que l'auteur d'un dommage est tenu du « rétablissement de l'état de chose qui aurait existé, si la circonstance ayant donné lieu à l'obligation de réparation ne fut pas survenue » ; l'expression même, rétablissement « en nature », figure dans l'alinéa suivant.

Aussi dans le Droit allemand, le droit du créancier est-il d'obtenir l'exécution en nature (1).

---

(1) Von Thur, p. 41 : « Dans les procédures d'aujourd'hui, demandes et jugements tendent à une réparation répondant au droit matériel du créancier (dem materiellen Recht des Klägers) (condemnatio ad ipsam rem). Le créancier ne peut demander autre chose, le juge ne peut prescrire (zusprechen) autre chose. »

Le Code fédéral des Obligations ne formule pas à cet égard de règle spéciale ; ses rédacteurs n'ont pas jugé nécessaire de rappeler une conséquence aussi certaine de la notion même d'obligation. Leur intention est affirmée par le fait qu'ils n'ont pas reproduit une disposition, analogue à celle de notre article 1142, qui formait l'objet de l'ancien article 111 du Code civil suisse.

L'article 43 du Code fédéral donne sans restriction au juge le pouvoir de déterminer « le mode et l'étendue de la réparation d'après les circonstances et la gravité de la faute » (1).

L'article 98 particulier aux obligations de faire ou de ne pas faire, permet expressément au créancier d'exiger que ce qui a été fait en contravention de l'engagement soit supprimé, de se faire autoriser à y procéder aux dépens du débiteur ou de faire exécuter à ses dépens l'obligation dont il était tenu, cette dernière faculté pouvant aller jusqu'à acheter à un tiers la marchandise que le débiteur lui avait promise, sauf à récupérer sur ce dernier la différence des prix (2).

Les Codes autrichien et italien contiennent des dispositions semblables.

Ces législations ne peuvent cependant, quelle que soit leur tendance et le désir qu'aient pu en avoir leurs auteurs, éviter toujours l'exécution par équivalent.

Elles se sont heurtées nécessairement aux impossibilités d'exécution en nature que nous avons signalées, encore bien qu'elles n'aient pas toutes reculé

---

(1) Schneider et Fick, art. 98, n.-13.
(2) *Id.*, n. 9, 11 et 14.

devant l'emploi, contre le débiteur fautif, de coercitions rigoureuses allant jusqu'à l'emprisonnement. Les Codes de procédure allemand et autrichien notamment, donnent aux tribunaux le droit d'infliger des amendes et même de faire incarcérer pendant un temps il est vrai limité, le débiteur qui, refusant de s'incliner sur l'injonction du magistrat, se rend par son refus coupable d'un outrage véritable à la justice de son pays (1).

Mais l'amende, la prison, peuvent ne produire aucun effet ; l'exécution différée n'est pas toujours possible ni satisfactoire pour le créancier. Il faut bien se résigner aux compensations pécuniaires. Aussi l'article 250 du Code civil allemand prévoit-il la substitution d'une indemnité en argent à l'exécution en nature, quand le débiteur, sommé de réaliser son obligation dans un délai imparti, ne s'est pas exécuté.

L'article 251, assimile dans l'intérêt du débiteur à l'impossibilité d'exécution, le cas où les dépenses de rétablissement seraient disproportionnées à l'intérêt qu'il présente.

Enfin le créancier pourra, si la réparation en nature est insusceptible de lui procurer une satisfaction complète, cas de lésion d'une personne ou d'endommagement à une chose, exiger au lieu du rétablissement, la valeur en argent nécessaire à la procurer.

Le Droit suisse, arrive au même résultat, par le jeu normal de l'article 43, qui pour toutes les obligations qui ne rentrent pas dans le domaine d'application de

---

(1) Polacco, p. 569 et 570.

l'article 98, donne au juge le pouvoir de déterminer le « mode ainsi que l'étendue de la réparation », ce qui lui permettra de condamner le débiteur à toute prestation susceptible d'annuler le dommage causé : livraison de choses de même espèce, réparation de l'objet endommagé, enlèvement des installations qui procurent le dommage ; ou bien de prononcer une indemnité pécuniaire si les mesures précédentes paraissent impossibles ou insuffisantes (1).

De cette brève analyse des législations étrangères, nous pouvons retenir qu'elles aboutissent finalement, si le débiteur ne s'exécute pas, à une condamnation pécuniaire, et il est alors permis de se demander si les différences, auxquelles pourraient faire penser l'opposition des principes posés à la base des deux systèmes, ne sont pas plus apparentes que réelles.

Les Codes qui édictent la règle de la condamnation en nature, n'échappent pas à la nécessité de se contenter d'une condamnation à un équivalent. Le système de la condamnation pécuniaire de son côté comporte des exceptions qui permettent au créancier d'obtenir, dans les cas où elle est possible, l'exécution en nature.

La discussion ne serait-elle donc pas purement théorique, et dans l'application les deux systèmes, grâce au jeu de leurs exceptions, ne se rencontrent-ils pas à mi-chemin ?

S'il en était ainsi la discussion n'existerait plus depuis longtemps ; les besoins pratiques satisfaits, on n'engagerait plus de controverse pour l'honneur des principes.

---

(1) Schneider et Fick, *Commentaires*, ss. art. 43 ; Gmür, *Commentaires*, ss. art. 98.

Or c'est la pratique qui s'accommode mal de la dualité de régime, c'est elle qui sollicite l'unification, elle encore qui réclame la réforme sur ce point de la législation française et sa mise en harmonie avec les législations qui tiennent à l'exécution en nature.

Il faut bien en conclure à un défaut de concordance, dont il convient de déterminer la cause pour solutionner le problème de l'exécution des obligations de faire.

On reproche au Code civil, de ne pas assurer au créancier la satisfaction à laquelle il a droit, en substituant trop souvent à une exécution en nature possible, une simple condamnation pécuniaire.

Il n'est pas douteux que la tendance contemporaine est favorable à la condamnation en nature et qu'elle préfère l'accomplissement d'un fait, à une indemnité pécuniaire. La situation économique des dernières années a fait apparaître les risques que court celui qui n'a entre les mains qu'une valeur pécuniaire, dont le pouvoir varie suivant les rapports des changes ou la fluctuation des prix.

Tel qui aura obtenu un certain chiffre d'indemnité pour défaut de livraison d'un objet ou avaries causées à une chose, ne pourra plus quelques jours après, avec la même somme, acquérir l'objet dont l'a privé l'inexécution ou couvrir le montant des réparations qu'il a engagées. D'où le désir, plus impérieusement manifesté encore, d'obtenir une réparation en nature. M. Hugueney, dans une note consacrée à un arrêt de la Cour de Cassation qui précisément n'a pas admis la condamnation en nature, après avoir

constaté le développement à l'étranger de l'exécution en nature aux dépens de l'exécution en argent, exprime les raisons pour lesquelles il souhaite de voir notre Droit s'y rallier : « La réparation en argent « peut convenir aux époques où marchandises et « main-d'œuvre affluent pareillement sur le marché, « où les prix sont stables et faciles à déterminer. « Quand ces circonstances font défaut, comme il est « arrivé pendant la guerre et même encore après la « guerre, la réparation en nature retrouve sa raison « d'être et logiquement, mérite de reconquérir, sinon « toute la place, du moins une partie de la place « qu'elle tenait aux temps primitifs sous le régime « dit de l'économie domestique fermée (1). »

L'hostilité soulevée par la condamnation pécuniaire tient à la crainte que l'indemnité ne corresponde pas au préjudice effectivement subi. Si son préjudice était intégralement couvert de quoi pourrait en effet se plaindre le créancier ?

Nous sommes ainsi amenés à nous demander, la résolution étant d'autre part fréquemment inévitable, si le désaccord entre les systèmes français et étrangers, ne tiendrait pas en définitive, moins à la nature de l'équivalent obtenu, qu'à l'évaluation de l'indemnité pécuniaire. Le problème de l'exécution des obligations de faire se ramènerait en réalité à une simple question de **quantum.**

L'adoption, comme règle générale du principe de l'exécution en nature a eu précisément pour effet de rappeler d'une manière expresse aux juges, que le

---

(1) S. 1925.1.97.

droit du créancier étant l'exécution, l'indemnité devait être calculée sur cette exécution même, en tenant compte de tous les éléments du préjudice.

Certaines législations étrangères, ne voulant rien laisser au hasard, ont même pris le soin de spécifier que l'objectif à atteindre était l'annulation du dommage, y compris le préjudice même indirect (1) et le préjudice moral (2).

L'article 1142 du Code civil français, au contraire, en prononçant seulement la résolution en dommages-intérêts, a obscurci le droit véritable du créancier. L'équivalent pécuniaire s'est éloigné de ce qui aurait dû être la base d'évaluation du préjudice subi par le créancier, l'exécution exacte. L'expression employée pour marquer la nature de la réparation a conduit la jurisprudence à une appréciation restrictive du dommage causé.

Elle l'a amené à introduire une disproportion, que rien ne justifie, entre la réparation du dommage contractuel et celle du dommage délictuel.

Au cas de violation d'une obligation délictuelle ou quasi-délictuelle, la partie lésée quand elle n'obtiendra pas comme nous aurons l'occasion de le voir une véritable réparation en nature, recevra en tout cas une indemnité qui, basée sur une évaluation largement compréhensive du préjudice, tendra à la réparation intégrale du dommage.

Dans le domaine contractuel, les tribunaux ne retiendront dans leur évaluation que le dommage matériel direct.

---

(1) Code civil allemand, art. 249, 251 et 252, et commentaires.
(2) Code civil suisse, art. 49.

C'est très certainement négliger une partie parfois importante du préjudice, car indépendamment du dommage purement matériel, le créancier recueillera de l'inexécution toutes sortes de préoccupations et d'ennuis ; il peut avoir à l'exécution un intérêt particulier, personnel, subjectif, distinct du préjudice matériel ; enfin des conséquences, même indirectes ou éloignées, de l'inexécution, peuvent n'en être pas moins certaines et graves.

La violation du contrat, n'est pas plus excusable que la faute délictuelle et quasi-délictuelle. C'est donc avec raison que les législations étrangères n'ont pas fait, et étant donné leur système, ne pourraient pas faire de distinction en ce qui concerne une réparation intégrale nécessairement due dans l'un et l'autre cas.

En n'accordant au créancier, déjà défavorisé par la résolution de l'obligation en une simple créance pécuniaire, qu'une réparation incomplète, la jurisprudence a peut-être créé et en tout cas aggravé le conflit dont nous recherchons la solution.

Cette seconde critique n'absorbe pas d'ailleurs entièrement la première, car ce qu'a voulu le créancier et ce qu'il désire obtenir, ce n'est pas une indemnité si complète qu'elle soit, mais bien la prestation qui forme l'objet de l'obligation.

L'équivalent n'est admissible qu'au cas d'impossibilité d'exécution en nature ; mais l'allocation d'un équivalent en quelque sorte calqué sur l'exécution en nature, d'une indemnité la représentant exactement, serait de nature à incliner le débiteur à l'exécution, plutôt que de courir les risques d'une lourde condamnation pécuniaire.

Il n'est pas douteux en effet que ce qui incite le débiteur à se soustraire à ses obligations, c'est la pensée d'un gain réalisé sur l'exécution en nature, ou d'une perte moins importante à subir.

L'exécution ou l'inexécution est souvent le résultat d'un simple calcul, de sorte qu'indépendamment des raisons d'ordre moral qui commandent de déjouer semblables spéculations, indépendamment de ce qu'une indemnisation complète est seule équitable pour le créancier injustement lésé, il est certain que la certitude d'une condamnation au moins aussi lourde que l'exécution, réduirait le débiteur à l'exécution des engagements qui lui sont imposés ou auxquels il a librement souscrit.

Il est souhaitable, avons-nous dit, que les obligations de faire ou de ne pas faire soient soumises à un régime uniforme dans tous les pays.

L'exécution en nature est la seule qui donne au créancier une entière satisfaction. Elle répond aux vœux du monde des affaires qui y trouve une sécurité indispensable. Elle n'est malheureusement pas toujours possible. Nous sommes ainsi amenés en face des critiques adressées au Code civil à nous poser cette question :

Est-il possible d'étendre le domaine de l'exécution en nature, ou la véritable solution du conflit n'est-elle pas surtout dans une indemnisation plus complète du créancier ?

Pour y répondre, nous envisagerons les solutions apportées par notre jurisprudence au problème de l'exécution des obligations de faire.

CHAPITRE PREMIER

Origine et Esprit de l'article 1142

Section I

Aperçu historique sur l'exécution des obligations (1)

Avant d'entrer dans l'étude du système français, il nous a paru intéressant d'en retracer brièvement les origines. L'histoire de l'exécution des obligations de faire et des changements qui se sont opérés dans notre ancien Droit, nous permettra de déterminer le sens que comporte dans le Code civil l'article 1142.

Aux temps reculés où les mœurs et les coutumes tenaient lieu de lois, époque de relations économiques restreintes, où chaque individu se procure par ses seuls moyens ce qui est nécessaire à sa vie, l'homme qui fait quelque chose pour son semblable, en exige en retour un service réciproque ou une prestation

(1) La substance de cet historique est empruntée à l'étude de M. Meynial sur *La Sanction civile des Obligations de faire ou de ne pas faire* et aux thèses de M. Massin, *De l'Exécution forcée des Obligations de faire et de ne pas faire* (Thèse de Droit romain et thèse française).

équivalente. Aucun autre fait, aucune autre valeur ne présentera pour lui la même utilité. Aussi le refus d'exécution volontaire est-il sanctionné par une contrainte physique et l'inexécution par un châtiment corporel. La contrainte physique tend à l'exécution forcée. Le châtiment constitue une mesure préventive d'intimidation.

Mais l'application de ces sanctions, entraîne des guerres privées, les familles, les clans prenant partie pour leurs membres, cherchant à protéger leurs personnes, ou à l'inverse à les aider à assurer le respect de leurs droits.

L'horreur de ces luttes, la disproportion ou l'immoralité des sanctions, conduira, dès que se sera formé un pouvoir supérieur, muni des moyens d'action nécessaires pour faire respecter ses sentences, à envisager comme la solution la meilleure, une condamnation pécuniaire que ce pouvoir social fera exécuter.

Au moment où prend ainsi naissance la notion d'Etat, les échanges ne se bornent plus à de simples trocs, la monnaie signe de richesse ou plutôt richesse, métal précieux avec sa valeur véritable d'usage, la monnaie qui n'est pas encore un simple signe de crédit, s'est introduite dans les rapports des hommes. On réalise par son intermédiaire des opérations complexes. Les individus échangent leurs biens et leurs produits contre des métaux ou des monnaies, qui s'ils ne procurent pas de satisfactions immédiates à celui qui les possède, lui donnent la possibilité par un nouvel échange d'acquérir les objets qu'il convoite.

Alors s'introduit l'idée de compensation pécuniaire. Un individu a été tué, blessé, lésé d'une manière

quelconque, sa famille ou lui-même ne réclamera plus ou n'obtiendra plus la possibilité de mutiler, de priver de liberté, de mettre à mort l'auteur du crime ou du délit ou quelque membre de son clan suivant la loi cruelle du talion ; dans le plus grand nombre de cas possible, nombre toujours croissant, il obtiendra en compensation de l'injure reçue une somme d'argent évaluée d'une façon fixe pour éviter les contestations et l'arbitraire.

Le manquement aux engagements, aux promesses, à une obligation, est considéré comme une sorte d'injure et l'autorité publique le sanctionne encore par une condamnation pécuniaire. C'est l'origine de la notion d'indemnité, des dommages-intérêts ; la condamnation comprendra à la fois dans son taux, la valeur de l'obligation inexécutée et les dommages-intérêts pour l'inexécution.

Ainsi dans un but de paix sociale, le fait primitif de la condamnation en nature va disparaître pour faire place au principe de la condamnation à une somme d'argent, quelque soit d'ailleurs l'objet de l'obligation et ses possibilités d'exécution sans contrainte violente ou directe.

La généralisation de ce système s'explique par sa simplicité. Le créancier n'a qu'à faire constater l'inexécution par le juge, et lui demander de fixer le chiffre de la condamnation exécutable sur le patrimoine du débiteur.

Nous trouvons dans le Droit romain les divers stades de cette évolution générale.

Le principe de la « condemnatio pecuniaria » y fait de bonne heure son apparition. Elle est obtenue, d'abord, au moyen d'actions dites pénales.

Le droit de l'Etat de s'immiscer dans des débats purement privés n'est pas encore incontesté, aussi le juge intervient-il seulement pour mettre en évidence l'injustice du dommage causé ; et il la réprime comme un véritable délit qui risque, par les querelles qu'il engendre, de troubler l'ordre public. La peine qu'il prononce sanctionne moins une atteinte à un droit, qu'un délit civil, seulement la condamnation bénéficie au créancier qui y trouve des possibilités de réparation.

Le caractère pénal de l'action conduit à la création parallèle d'une échelle des fautes et des peines, la peine variant en fonction de la faute, et pouvant atteindre le double, le triple, du montant exact du dommage, ce qui constituait, constatons-le, une véritable contrainte susceptible d'incliner le débiteur à une exacte observation de ses obligations.

C'est en effet le débiteur lui-même que l'on cherche à atteindre dans son patrimoine. On ne distingue pas encore la personne du débiteur, de son patrimoine ou des droits qui rentrent dans la notion du patrimoine. On ne sépare pas les biens de leur possesseur, et on les saisit en bloc comme l'on saisissait naguère la personne, en envisageant seulement cette confiscation comme un moyen plus simple et plus humain d'exécution.

C'est pour cette raison que l'exécution n'est pas à l'origine limitée seulement à l'objet de l'obligation ou à quelques éléments du patrimoine suffisants pour désintéresser le créancier.

Peu à peu d'ailleurs les notions de personne et de patrimoine s'individualiseront de même que les divers éléments qui composent un patrimoine. On distinguera les biens de la personne qui en est seulement le titulaire, et aussi les différents droits et biens les uns des autres. L'exécution n'atteindra plus la fortune entière du débiteur, mais seulement tel ou tel bien, telle fraction de son patrimoine. La « distractio bonorum » se substitue à la « venditio bonorum ».

Puis les actions perdent leur caractère pénal. La condamnation en nature va apparaître dans certains cas possible. Elle reprend sa place à côté de la « condemnatio pecuniaria ».

Il restera seulement de l'ancienne conception, une limitation à l'exécution en nature de l'obligation. Elle sera nécessairement écartée pour en revenir au principe de la condamnation pécuniaire, toutes les fois que le seul moyen de l'obtenir serait une contrainte de la personne du débiteur, contraire à la liberté et à la dignité de l'homme.

On aurait pu dans le cas où la « condemnatio ad ipsam rem » ne se heurtait pas à cet obstacle, reconnaître au créancier le droit de l'obtenir. Mais jamais Rome n'a achevé cette transformation et à la toute dernière époque de l'Empire, le juge trouvera seulement, dans les formules des actions arbitraires, le pouvoir de choisir entre les deux condamnations. Il décidera en toute liberté, s'inspirant des circonstances et de l'opportunité.

Les Glossateurs du Moyen Age recueillirent ainsi des décisions d'espèce. Cherchant à systématiser la

réglementation des obligations à faire, ils remarquent que certaines obligations se prêtent plus facilement à une exécution forcée, ce sont les obligations de donner. Ils étudient les textes pour reconstituer la pratique romaine, et ils y relèvent certaines distinctions qui intéressent l'exécution des obligations.

C'est alors qu'ils crurent trouver ou qu'ils adoptèrent comme une manière commode de traduire leur conception en la confortant de l'autorité des jurisconsultes romains, la division des obligations en obligations de donner et obligations de faire.

Bartole et ses disciples, pour déterminer le mode d'exécution forcée d'une obligation, cherchent si elle tend ou non à un transfert de propriété. Si elle y tend, ils se trouvent en présence d'obligations rentrant dans la catégorie des obligations de donner, et l'exécution en nature, conformément aux principes généraux du Droit, sera la règle normale d'exécution. S'agit-il au contraire de toute autre obligation, le débiteur s'est engagé à l'accomplissement d'un fait, l'obligation se résoudra en un équivalent pécuniaire.

Au XVI[e] siècle, le président Favre formule la règle qui exprime la pratique de son temps : « *Nemo praecise cogi potest ad factum, quia sine vi et impressione id fieri non potest, ideoque in obligationibus faciendi succedit prestatio ejus quod interest.* »

C'est sur cette formule, considérée comme un axiome définitif que les siècles suivants auront à travailler. La règle va subsister dans sa forme, elle ne fera l'objet d'aucune contestation de principe, mais les auteurs et les praticiens seront amenés avec le

développement de la science juridique et sous l'empire de besoins nouveaux, à la rajeunir et à la transformer dans son sens et dans ses applications.

Cujas remarque déjà qu'il ne faut pas prendre le terme, obligations de donner, dans un sens étroit, et il s'efforce de l'élargir pour y faire rentrer des obligations dont l'exécution forcée paraît possible sans atteinte à la personnalité humaine.

Vinnius ira plus loin. Il y a des obligations qu'on ne peut pas faire rentrer dans le cadre des obligations de donner, et qui sont cependant susceptible d'exécution forcée. D'où l'idée, non plus d'étendre le domaine de l'obligation de donner, mais de restreindre celui de l'obligation de faire. Les obligations de faire se résolvent toujours en dommages-intérêts, c'est la règle, mais on ne qualifiera plus obligations de faire, que celles qui ont pour but la création de richesses non encore existantes, qui reposent sur un pur fait, c'est-à-dire uniquement celles où il faudrait user de la force contre la personne du débiteur, exercer des violences corporelles pour la contraindre à l'exécution.

C'est le système auquel s'est tenu l'ancien Droit.

Pothier, comme d'ailleurs les auteurs qui l'ont précédé, n'a pas envisagé la question de l'exécution des obligations d'une manière générale ; il la traite à l'occasion des divers contrats, notamment des contrats de vente et de louage. Il adopte encore la division des obligations en obligations de donner ou de faire comme susceptible de servir de critérium au mode possible d'exécution, mais considère, comme Vinnius, au point de vue de ses possibilités d'exécution,

l'obligation de donner comme englobant toute obligation qui ne tend pas à un pur fait.

« La maxime « nemo potest cogi ad factum » n'a d'application, dit-il, que lorsque le fait renfermé dans l'obligation est un pur fait de la personne du débiteur, « merum factum » : comme lorsque quelqu'un s'est obligé envers moi à me copier mes cahiers ou à me faire un fossé, il est évident que je ne puis le faire écrire ou travailler au fossé malgré lui et que son obligation au cas de refus par lui d'exécuter doit nécessairement se résoudre en dommages-intérêts. Il n'en est pas de même du fait de la tradition ; ce fait « non est merum factumm sed magis ad dationem accedit », et le débiteur peut y être contraint par la saisie et l'enlèvement de la chose qu'il s'était obligé de livrer (1). »

Ainsi Pothier exclut du « merum factum » toute obligation tendant à une « prestatio rei ». Rien ne prouve par contre, qu'allant plus avant dans la recherche d'un critérium précis entre les obligations susceptibles d'exécution forcée en nature et celles qui continueraient à relever de l'ancien adage « nemo potest cogi ad factum », il ait enseigné que le seul « merum factum » est celui qui nécessite une violence sur la personne.

Il l'a cependant très certainement aperçu, car rappelant, dans son *Traité de louage,* le droit du locataire de se faire mettre en possession de la chose louée « manu militari », il le justifie en rappelant : « Nous avons observé que la maxime « nemo potest » n'avait d'application qu'à l'égard des obligations qui

---

(1) Pothier, *Contrat de Vente,* § 68 ; Ed. Bugnet, t. III, p. 30.

ont pour objet quelqu'acte corporel de la personne du débiteur auquel il ne pouvait être contraint sans qu'on attente à sa personne ou à sa liberté (1). »

Nous pouvons donc conclure de ce rapide exposé, qu'à la fin de l'ancien régime, la distinction ancienne a cessé de répondre à la réalité. On parle bien encore au point de vue de l'exécution, d'obligations de donner et d'obligations de faire, mais ne sont plus rangées dans cette dernière catégorie que les obligations portant sur un pur fait, dont l'exécution en nature entraînerait l'emploi d'une contrainte physique du débiteur.

Section II

Le Code civil

Les juristes de l'ancien Droit n'avaient donc pas construit de théorie générale de l'exécution des obligations de faire ; ils laissaient seulement une formule, et des applications qui en réduisaient déjà considérablement la portée.

Les rédacteurs du Code civil ont reproduit dans l'article 1142 la maxime « Nemo praecise cogi potest ad factum », pensant sans doute qu'il ne convenait pas d'innover sur l'expérience acquise. Elle rappelait d'ailleurs, pour certaines hypothèses, une nécessité, nous l'avons vu, inéluctable.

Mais leur pensée ne fut nullement d'en généraliser l'application, et leur intention est nettement affir-

(1) Pothier, *Louage*, § 66 ; Ed. Bugnet, t. IV, p. 29.

mée dans cette précision donnée au cours des travaux préparatoires, par l'un des rapporteurs, Bigot Préameneu : « L'obligation de faire ou de ne pas faire, se résoud en dommages-intérêts, au cas d'inexécution de la part du débiteur. Le motif en est, que nul ne peut être contraint dans sa personne à faire ou à ne pas faire une chose, et que si cela était possible, ce serait une violence qui ne peut être un mode d'exécution des contrats (1). »

La raison qui justifie le maintien de la règle, en limite la portée. Les rédacteurs du Code civil, la chose n'est pas douteuse, laissaient comme leur prédécesseurs, à la jurisprudence le soin de déterminer conformément à la tradition et aux nécessités pratiques, l'application qu'il convenait d'en faire.

Ils lui ouvraient déjà la voie à suivre, en corrigeant la rigueur du principe posé dans deux hypothèses. Ce sont celles visées par les articles 1143 et 1144 du Code civil.

Dans le cas où le débiteur a contrevenu à une obligation de ne pas faire, le créancier pourra demander la destruction de ce qui a été fait en contravention de l'engagement, et peut être autorisé à y procéder lui-même.

De même, si l'obligation de faire est exécutable par un tiers aux dépens du débiteur récalcitrant, le créancier peut également être autorisé à la faire exécuter.

Ce sont là en effet des situations dans lesquelles le concours personnel du débiteur, son industrie particulière, ne sont pas indispensables à l'exécution de l'obligation. Le créancier ou un tiers peut en réaliser l'objet à la place du débiteur, la destruction ne néces-

---

(1) Fenet, t. XIII, p. 232.

site pas cette contrainte physique, personnelle du débiteur, qui atteindrait sa dignité d'homme dans des conditions qui conduisent à lui substituer un équivalent. Il n'existe donc aucune raison de résoudre l'obligation en une simple créance pécuniaire.

On a discuté, sur le point de savoir, si les articles 1143 et 1144 n'étaient pas plutôt des applications que des exceptions de l'article 1142 et s'ils n'organisaient pas seulement un mode d'exécution par équivalent, en faisant remarquer, qu'après tout l'exécution n'était plus l'œuvre du débiteur mais d'un tiers et que la seule différence avec la résolution de l'article 1142 était l'adoption d'une base particulière pour le calcul des dommages-intérêts (1).

Cette opinion, qui renforcerait le principe de l'article 1142 au lieu d'en atténuer la rigueur, ne nous paraît pas exacte car, du moment que l'on envisage l'exécution d'une obligation, il faut se placer du côté du bénéficiaire de la prestation, du côté du créancier et se demander s'il reçoit bien la satisfaction à laquelle il a droit.

Or, dans les deux hypothèses visées, le créancier va mettre fin au trouble qui lui est causé, ou recevoir l'objet de l'obligation, il obtient donc l'exécution en nature (2).

Sans doute du côté du débiteur la condamnation sera pécuniaire, il en paiera seulement les frais sous forme de dommages-intérêts. Mais cette circonstance est en quelque sorte secondaire, l'essentiel est pour le créancier l'exécution exacte de l'obligation ; si la

---

(1) Larombière, *Obligations*, t. I, art. 1142, n. 3.
(2) Demolombe, *Contrats*, I, p. 479 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n° 434 ; v. également Meynial.

personne qui la procure est indifférente, qu'importe au créancier qu'elle lui soit fournie directement ou indirectement.

Objectera-t-on que la substitution de prestation peut entraîner certains risques que l'exécution directe et volontaire ne lui fait pas courir, qu'effectuant ou commandant des travaux, le créancier va en répondre, sans être certain d'être indemnisé ensuite par un débiteur qui a déjà fourni des preuves de mauvaise volonté.

Je réponds, que ce risque est exactement le même que celui qu'il encourait quand par l'obligation son droit est né, qu'il n'est ni plus étendu, ni plus grave, et qu'en fait un créancier ne demandera jamais à se prévaloir des dispositions de l'article 1144, sans s'être assuré, au préalable, de la solvabilité de son débiteur.

Ce que le créancier obtient est tout différent d'une simple indemnisation, c'est une satisfaction complète aux frais du débiteur ; du point de vue qui nous occupe, c'est l'exécution en nature. Ces deux règles venant immédiatement après l'article 1142, précisent donc, en le limitant, le sens qu'il convient de lui attacher et sa portée dans le Code civil.

Tout le monde est d'accord aujourd'hui pour reconnaître que les articles 1143 et 1144 ne contiennent pas une énumération limitative des cas où, malgré la prohibition de l'article 1142, l'exécution forcée en nature peut être obtenue par le créancier, mais qu'au contraire, malgré la forme impérative de ce dernier texte, « l'exécution en nature est admise en principe même dans les obligations de faire ou de ne pas faire ; elle n'est écartée que dans les cas où elle

impliquerait une violence s'exerçant sur la personne physique du débiteur » (1).

C'est ce qui nous faisait dire dans notre introduction qu'il n'y avait pas au moins théoriquement, malgré des points de départ opposés, de différence foncière entre l'esprit du Code civil français et les systèmes étrangers relevant du principe de l'exécution en nature.

---

(1) Josserand, *Cours de Droit civil,* n° 591 ; *id.,* P. Esmein, t. II, n° 780.

CHAPITRE DEUXIÈME

Possibilités ouvertes par les articles 1143 et 1144 incomplètement utilisées par la Jurisprudence

L'esprit du Code civil, sinon les termes de l'article 1142, laissait donc une grande liberté à la jurisprudence. C'était à elle, en s'en inspirant, de dire quand l'exécution forcée en nature pourrait être obtenue par le créancier, quand au contraire il devrait se contenter d'un équivalent. Comment a-t-elle appliqué le système en somme très large dont elle trouvait les éléments dans le Code ?

Section I

Application par la jurisprudence des articles 1143 et 1144.

Les articles 1143 et 1144 visent l'un et l'autre des obligations, pour l'exécution desquelles, l'action personnelle du débiteur n'est pas indispensable. La tâche matérielle à réaliser peut être accomplie par une autre personne, soit qu'il s'agisse d'une destruction

soit qu'il s'agisse d'une prestation. Le créancier, s'adressera donc à un tiers qui fera ce que le débiteur se refuse à faire.

Il semblerait que l'on aurait pu, sans inconvénient, reconnaître au débiteur, comme un droit, la possibilité d'obtenir cette exécution, puisqu'elle ne se heurte pas aux raisons qui ont justifié le maintien dans le Code civil de l'article 1142.

La jurisprudence cependant ne l'a pas admis, et aussi bien pour l'article 1143 que pour l'article 1144, elle s'est réservé un pouvoir souverain d'appréciation. Le créancier a bien le droit de demander la destruction ou l'exécution aux dépens du débiteur, mais le juge est libre de la lui refuser et de lui octroyer seulement des dommages-intérêts (1).

« Attendu en droit, lisons-nous dans un arrêt de la Cour de Cassation du 31 octobre 1906, qu'aux termes de l'article 1142 du Code civil l'obligation de faire se résoud nécessairement en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ; que si aux termes de l'article 1144, quand une obligation a pour objet un fait susceptible d'être exécuté par un tiers, sans l'intervention personnelle du débiteur, le créancier peut être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens de ce dernier, cette mesure est facultative et abandonnée au pouvoir discrétionnaire des juges du fonds (2). »

L'exécution, dans les conditions de l'article 1144, n'est donc pas pour les tribunaux un droit du créancier. Ils la considèrent comme une mesure excep-

---

(1) Demogue, *Rev. trim. Droit civ.*, 1921, p. 253.

(2) Cass., 31 octobre 1906, S. 1907.1.163 ; v. aussi dans le même sens : Cass., 2 fév. 1904, S. 1904.1.389 ; 18 fév. 1903, S. 1903.1.272.

tionnelle, une sorte de faveur, et ont une tendance marquée à ne l'admettre qu'avec difficulté.

Ils autorisent au contraire, semble-t-il, avec plus de libéralité la destruction de ce qui a été fait en contravention de l'engagement, mais se réservent toujours le pouvoir de décision, déniant aussi à l'article 1143 un caractère absolu (1).

Le motif, qui fait trop souvent reculer la jurisprudence devant l'exécution aux dépens du débiteur, est la crainte que le coût des travaux ne constitue pour le débiteur une charge trop lourde.

Ce n'est pas, à notre avis, un motif suffisant pour justifier la faveur faite à un débiteur qui souvent n'est pas digne de l'intérêt qu'on lui porte. Il sait quand il s'engage, quelles seront ses obligations, il n'a qu'à s'y conformer et s'il veut s'y soustraire, il doit en assumer les risques.

Pourquoi serait-ce le créancier qui serait lésé, alors qu'il a loyalement tenu ses engagements ou qu'il est disposé en ce qui le concerne à les tenir ? Le soucis d'éviter ce qui n'est qu'une juste conséquence de l'obligation ne doit pas aboutir à créer une injustice véritable, au détriment de celui qui n'a commis aucune faute.

Les décisions rendues dans cette matière s'appuient souvent aussi sur cette considération que « la réfection demandée... occasionnerait une dépense de beaucoup supérieure au préjudice résultant de la défectuosité desdits travaux » (2).

---

(1) Cass., 18 juin 1883,, D. 84.5.353.

(2) Req., 23 mars 1909, D. 1910.1.343. Il s'agissait dans l'espèce de la construction d'une maison, des modifications avaient été apportées au plan par l'entrepreneur, sans le consentement du propriétaire et l'immeuble n'avait pas les dimensions prévues ; il y avait en outre des malfaçons. La réfection demandée aurait nécessité la démolition à peu près complète de l'immeuble.

Voilà bien précisément le principal inconvénient du système de la condamnation par équivalent. Le juge est amené à se substituer au créancier pour comparer le coût de l'exécution en nature et le préjudice qui lui est causé par la non exécution en nature. Or ce préjudice est en partie subjectif et il varie suivant la personne du créancier, ses besoins, ses désirs, ses projets.

La comparaison et l'indemnité qui en sera l'expression tiendront-elles compte de tous ces éléments? — L'appréciation du juge est nécessairement arbitraire, objective et abstraite, et par suite la compensation accordée au créancier souvent insuffisante.

L'avantage de l'exécution en nature est d'éviter cette incertitude en procurant au créancier la satisfaction complète qu'il pouvait attendre de l'obligation. L'indemnité ne la remplace presque jamais.

Prenons-en un exemple dans une matière où se présentent souvent ces sortes de difficultés : l'espèce de l'arrêt du 23 mars 1909. Un propriétaire a conçu un plan de construction, avec des pièces de dimensions déterminées. Supposons-le ayant certains goûts artistiques, exerçant une situation en vue. La modification du plan ôte de l'esthétique à l'aspect extérieur ou intérieur de sa maison ; il aime l'espace, il veut y réunir des hôtes nombreux, l'immeuble est trop petit. Il souffrira toute sa vie de n'avoir pu réaliser son rêve, il sera gêné par l'exiguité ou la mauvaise disposition des appartements. La modification serait importante, on ne la lui accorde pas. Il obtient seulement une diminution du prix et quelques maigres dommages-intérêts en surplus.

Peut-on véritablement dire que le préjudice qu'il subit par la faute du débiteur est compensé ? Très certainement non, et celui qui en définitive triomphe, en fait, sinon en droit, c'est le débiteur.

Il n'a pas exécuté le travail qu'il s'était engagé à accomplir dans des conditions déterminées, peut-être par simple négligence, mais peut-être aussi parce qu'au moment d'exécuter il a craint que le coût des travaux ne dépasse son forfait. Plutôt que d'encourir le risque de voir disparaître son bénéfice, ou d'éprouver une perte, il modifie et réduit le plan primitif. Il envisage bien une diminution du prix, mais il l'escompte inférieure à la perte dont il mesure l'importance, et il sait que les dommages-intérêts supplémentaires, s'il en est alloué au créancier, seront peu élevés. Ce calcul sera le plus souvent couronné de succès.

On conçoit alors les hostilités qui se manifestent contre un système qui favorise de semblables spéculations.

La jurisprudence, comme l'indiquent les motifs de l'arrêt du 31 octobre 1906 a été impressionnée par le fait que l'article 1142 posait le principe pour les obligations de faire ou de ne pas faire de la résolution en dommages-intérêts. L'impératif apparent de cette règle lui a fait perdre de vue que le droit du créancier était avant tout d'obtenir l'exécution rigoureuse de l'obligation.

Il nous semble que son interprétation n'est pas exacte, et que non seulement l'esprit du Code mais même le texte des articles 1143 et 1144 devait conduire au moins à une utilisation plus complète

des possibilités d'exécution en nature qu'il réservait expressément.

L'article 1143, en effet, donne au créancier un droit, celui de demander que ce qui aura été fait par contravention à l'engagement soit détruit ; il rappelle ensuite que l'autorisation de justice est nécessaire pour cette destruction.

La jurisprudence s'est emparée de la seconde partie du texte pour s'arroger le pouvoir exorbitant de priver le créancier de l'exercice d''un droit qui lui était réservé par la loi. Il n'y avait pas cependant un rapport nécessaire entre ces deux dispositions.

L'exigence d'une autorisation de justice n'implique pas un amoindrissement du droit, il est seulement la conséquence de cette règle, nécessaire à la sauvegarde de toute vie sociale, que nul ne peut se faire justice soi-même, et que pour qu'une sanction puisse intervenir il faut que l'autorité publique ait statué sur sa légitimité.

Le rôle du juge se borne si bien à cette seule constatation que l'autorisation n'est indispensable que lorsque pour la destruction il faut pénétrer sur le fonds voisin ou toucher à la chose du débiteur et qu'au contraire, si elle peut être opérée sans cette atteinte à son droit de propriété, le créancier a le droit d'agir sans recours préalable à justice (1). Il aura, par la suite, recours contre le débiteur pour les frais, comme s'ils avaient été engagés en vertu d'une autorisation judiciaire, sauf le risque d'en voir discuter le chiffre.

Puis, l'article 1143 n'attribue au créancier aucune faveur spéciale. Il tient son droit à l'exécution de

---

(1) Cass. req., 6 janv. 1869, D. P. 69.1.207.

l'obligation même ; lui seul peut y renoncer si elle lui paraît inutile. Au nom de quel principe le juge viendrait-il se substituer à lui pour en décider ?

Aussi la doctrine dans son ensemble lui a-t-elle reconnu une tout autre portée :

« Le créancier, enseigne Laurent, a le droit de demander l'exécution directe de la convention, pourvu qu'elle soit possible ; le juge doit, par conséquent, l'ordonner. C'est en ce sens que l'article 1143 est conçu ; la loi dit que le créancier a le droit de demander que ce qui a été fait en contravention de l'engagement soit détruit. Dès que c'est un droit pour le créancier c'est une obligation pour le juge (1). »

L'article 1144 n'est pas conçu exactement dans les mêmes termes, ne reproduisant pas l'expression « droit du créancier » qui donne à l'article 1143 toute sa portée.

« Le créancier, y est-il dit, peut aussi, au cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur. »

La jurisprudence s'est appuyée sur cette forme du texte pour décider que son application était seulement facultative pour elle.

Nous avons vu que l'interprétation qu'elle a donnée à l'article 1143 n'est pas exacte ; nous devons nous demander ici encore si la rédaction de l'article 1144 met obstacle à la reconnaissance au créancier du droit absolu d'obtenir cette inexécution en nature.

---

(1) Laurent, *Obligations*, t. XVI, n° 199 ; dans le même sens : Demolombe, XXIV, n°s 503, 504 ; Huc, t. VII, n° 138 ; Aubry et Rau, IV, n° 299, p. 67-68 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n° 436 ; P. Esmein, t. II, n° 783.

Il nous semble que comme pour l'article 1143, la jurisprudence s'est mépris sur l'étendue de ses pouvoirs et qu'elle a confondu la nécessité de l'autorisation de justice avec ce qui constituait bien un droit pour le créancier.

Si cette autorisation peut être nécessaire pour rendre opposable au créancier les mesures qui seront prises, afin qu'il ne puisse venir ensuite discuter le montant des frais dont il assumera la charge, s'ensuit-il que le juge puisse se substituer au créancier pour choisir le mode d'exécution ? Nullement, aussi l'extension par la jurisprudence de son pouvoir n'est pas logiquement justifié.

La différence des textes légitimerait-elle d'autre part une interprétation différente pour chacun d'eux? Certains auteurs l'ont pensé (1) et il est possible que la jurisprudence en ait tenu compte dans une certaine mesure pour accorder, semble-t-il, plus facilement la destruction que l'accomplissement d'un fait aux dépens du débiteur.

Il nous semble qu'en réalité il n'y a aucun désaccord entre deux textes qui visent des hypothèses exactement semblables, et organisent la même exécution. Ils se complètent naturellement l'un par l'autre, et si le législateur n'a pas reproduit dans le second de ces articles la disposition qui affirmait dans le premier la prérogative donnée au créancier à l'encontre du principe posé dans l'article 1142, c'est qu'il ne reconnaissait aucune utilité à cette répétition.

---

(1) Aubry et Rau, n° 299, p. 65 et n. 14 ; v. aussi Meynial, p. 437, 438.

Il suffit de lire les deux articles l'un à la suite de l'autre pour se rendre compte que l'article 1144 est seulement pour les obligations de faire le pendant de la seconde partie de l'article 1143, qui en vue des exceptions qui allaient suivre, rappelait le droit du créancier (1).

La doctrine s'est prononcée dans le sens de leur assimilation :

« Faut-il conclure de cette différence de rédaction entre l'article 1144 et l'article 1143 que le tribunal peut ne pas lui donner cette autorisation, en se bornant à condamner le débiteur à des dommages-intérêts ? La jurisprudence est en ce sens. A mon avis, elle est contraire aux principes. L'obligation de faire, de même que l'obligation de ne pas faire, doit être directement exécutée si la chose est possible et si le créancier y conclut ; son droit est le même. La différence de rédaction qui existe entre l'article 1144 et l'article 1143 est indifférente. En disant que le créancier peut être autorisé, la loi n'entend pas donner au juge le pouvoir de refuser cette autorisation ; elle entend dire que le créancier peut demander à faire exécuter l'obligation par un tiers ; l'article 1143 dit aussi que le créancier peut se faire autoriser à démolir ; si les expressions diffèrent, le sens est identique, parce que les principes sont les mêmes (2). »

Les auteurs contemporains ne font pas non plus de distinction entre les deux textes au point de vue des possibilités parallèles qu'ils ouvrent.

---

(1) Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n° 436.

(2) Laurent, t. XVI, n° 199 ; *id.*, Demolombe, t. XXIV, n°s 505 et 504.

Leur assimilation résulte d'ailleurs indiscutablement des travaux préparatoires au cours desquels le droit, identique dans les deux hypothèses, du créancier, a été rappelé par Favard dans des termes absolument contraires d'ailleurs à l'interprétation que nous avons vu en donner la jurisprudence : « Il a fallu aussi et pour la même raison, laisser au créancier le droit de faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur. Cela est conforme au principe que celui qui s'est obligé de faire une chose ne peut pas y être contraint, mais qu'on peut la faire faire par lui et à ses frais, ou demander des dommages-intérêts à raison de son inexécution (1). »

Nous pouvons donc conclure de cet examen des articles 1143 et 1144, que placés dans le Code immédiatement après l'article 1142, ils en excluaient l'application pour les obligations n'ayant pas pour objet un fait exigeant pour sa réalisation un concours indispensable du débiteur lui-même. La personne du débiteur n'est entrée qu'accessoirement dans les préoccupations du créancier Dès lors, et tout autre, disposant des mêmes moyens pouvant exécuter l'obligation à la place du débiteur défaillant, la jurisprudence trouvait dans ces textes la possibilité de procurer au créancier la satisfaction qui constitue son droit.

Sans doute, l'énormité de la dépense nécessitée par l'accomplissement du fait ou les destructions peut quelquefois, faute d'intérêt suffisant légitimer une certaine réserve sous l'approbation rigoureuse de l'exécution en nature.

---

(1) Favart, Rapport au Tribunat, n° 36 ; Locré, t. VI, p. 195.

La disproportion d'intérêt, le souci de ne pas écraser le débiteur sous une charge vraiment excessive, celui surtout de ne pas entraver dans un intérêt général l'activité économique par la menace de responsabilités trop lourdes, peuvent engager la loi ou une juridiction à traiter comme une impossibilité objective d'exécution, certaines difficultés d'exécution. Cette considération n'a pas échappé aux rédacteurs du Code civil allemand qui prévoient dans l'article 251 « l'impossibilité fictive » (1). Elle peut justifier le maintien à la jurisprudence d'un pouvoir de contrôle, sur l'application des mesures d'exécution (2). Mais encore ne fallait-il l'admettre que comme une limite, et ne pas réduire l'exécution des articles 1143 et 1144 au rang d'une faveur exceptionnelle, alors qu'elle est un droit pour le créancier.

Section II

Réalisation d'acte juridique et obligation de délivrance (3).

A côté de la prestation d'une chose ou d'un service nécessitant un concours actif et physique du débi-

---

(1) Saleilles, *Essai d'une théorie générale de l'Obligation, loc. cit.*, n° 190, p. 203.

(2) Les articles 91 et 93 du Projet franco-italien de Code des Obligations et des Contrats ne contiennent à cet égard aucune innovation et sauf les modifications nécessitées par la concordance des textes, reproduisent les termes exacts de nos articles 1143 et 1144 du Code civil.

(3) Nous nous bornons ici à un rappel de principes. Cette matière nous paraît en effet avoir été complètement élucidée en doctrine et résolue d'une manière satisfaisante par la jurisprudence. M. Meynial notamment a consacré à la réalisation des actes juridiques ou incorporels une partie importante de sa dissertation sur la *Sanction civile des Obligations à faire ou à ne pas faire*. Elle contient sur elle tous les développements utiles. V. aussi la thèse de Massin.

teur, l'obligation de faire peut avoir pour objet l'accomplissement d'un acte juridique ou une simple manifestation de volonté.

Un individu s'est engagé à vendre son immeuble à une personne déterminée. Les deux parties sont tombées d'accord sur les conditions de la vente, elles ont échangé leurs consentements ; il reste seulement à passer l'acte, et le promettant s'y refuse. Le consentement qu'il avait donné l'oblige à réaliser la vente, c'est une obligation de faire. L'acheteur va-t-il obtenir que l'on passe outre à la carence du vendeur, que le transfert de propriété lui soit assuré, en un mot l'exécution en nature ?

Ou encore, s'agissant d'une promesse de ne pas s'opposer à un acte de jouissance directe sur une chose, de la mise à la disposition d'un locataire de l'appartement sur lequel un bail lui a été promis, le preneur obtiendra-t-il la délivrance de l'objet sur lequel un droit lui a été consenti ?

La circonstance qui donne naissance au droit, la réalité de la promesse établies, le seul obstacle qui s'offre à la satisfaction du créancier, est l'inertie ou l'entêtement du débiteur, qui refuse de signer l'acte qui doit constater l'accord intervenu entre les parties ou de mettre le titulaire du droit en possession de l'objet sur lequel il porte.

Point n'est besoin pour exécuter une obligation de ce genre de contraindre le débiteur ou d'employer contre lui des mesures de rigueur. Son intervention n'est pas indispensable pour la réalisation de l'acte ou pour la délivrance. Il aurait pu constituer un mandataire, se faire remplacer par un tiers agissant avec son consentement pour souscrire à l'acte ou déli-

vrer la chose. Aussi le pouvoir social peut-il se substituer à lui pour parfaire l'opération à laquelle originairement au moins il avait donné son consentement (1).

Cette intervention n'est nullement illégitime. En contractant le créancier a renoncé au droit qui lui appartenait d'accorder ou de refuser ce qui lui était demandé ; il a ainsi accepté d'avance les conséquences de sa promesse et la sanction éventuelle que devait comporter une rétractation. Le droit constaté, il ne s'agit plus que de procurer au créancier son titre, un jugement, lui en tiendra lieu au besoin, et de l'autoriser à se mettre en possession de l'objet sur lequel porte son droit, si le débiteur ne le lui a pas délivré volontairement.

La délivrance porte sur un bien préexistant à l'obligation. Son exécution forcée qui s'identifie avec celle des obligations dites de donner ne présente aucune difficulté particulière (2).

Contrairement à ce que nous avons relevé dans la précédente section de ce chapitre, la jurisprudence a pleinement utilisé pour ces deux catégories d'obligations, les possibilités qui lui étaient ouvertes par le Code. Ses décisions suppléent à l'action du débiteur et le créancier obtient ainsi une exacte exécution.

---

(1) Pothier, *Vente*, p. 478, 479, et la note de M. Jean Perroud sous Cass. req., 19 fév. 1907,, S. 1912.1.217.

(2) Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations*, t. I, n° 439, p. 395; Colin et Capitant, t. II, p. 18 ; P. Esmein, t. II, n° 779.

CHAPITRE TROISIÈME

Des différentes manières de concevoir le préjudice direct et d'en définir les éléments.

L'exécution en nature, avons nous dit, n'est pas toujours réalisable, dans certains cas elle apparaît inopportune. A défaut d'exécution, le créancier devra se contenter d'un équivalent pécuniaire, dont la mesure est le résultat de l'évaluation du préjudice qu'il subit.

Suivant la manière dont ce préjudice sera envisagé, suivant les éléments qui viendront s'y incorporer, l'indemnité compensera plus ou moins exactement le préjudice qu'en fait l'inexécution a causé au créancier.

Un exemple qui nous est donné par une décision récente du Tribunal de Bruxelles fait très nettement apparaître les différentes manières de concevoir le préjudice direct, et leurs conséquences (1).

Il s'agissait d'une collision entre deux automobiles, une torpédo appartenant à un nommé Backers, et une camionnette Ford, appartenant à une Société d'Appareils de chauffage. La camionnette Ford, voiture de série, d'une usure rapide, cette circonstance est relevée dans le jugement, avait subi des dégâts importants,

(1) Trib. de Bruxelles, 17 nov. 1927, S. 1928, IV, 17, et note de M. Henri Rousseau.

dont Backers, auteur responsable de l'accident devait indemniser la Société demanderesse. La remise en état de la camionnette, avait nécessité le remplacement de pièces nombreuses par des pièces neuves. L'action tendait au paiement de 8449 fr. 10, somme élevée par rapport à la valeur vénale de la voiture au moment de l'accident, que le défendeur estimait n'être plus en raison de sa durée de service que de 55 % de son prix originaire. Bien que le jugement ne fournisse ni détails, ni chiffres précis, il est cependant possible de déduire des quelques renseignements qui y figurent, qu'avant l'accident, la Ford ne devait guère valoir plus de 12.700 francs, qu'après l'avoir subi elle représentait encore une valeur d'environ 8.000 francs, et que les réparations faites lui en redonnaient une de 16.500, supérieur donc à sa valeur antérieure.

La prétention du défendeur était, de n'être tenu, vis-à-vis du propriétaire de la camionnette avariée, que du prix de pièces ayant subi la même dépréciation d'usage, que celles qu'il avait fallu remplacer : Sans cela, disait-il, je lui procure un enrichissement, parce qu'il va bénéficier d'organes neufs qui vont donner à sa voiture une plus-value certaine.

Ce raisonnement, aboutissait, à limiter la responsabilité de l'auteur du dommage, à la valeur vénale de la chose au moment de l'accident.

Le Tribunal de Bruxelles n'a pas accueilli cette thèse. Constatant la nécessité des travaux qui n'était d'ailleurs pas discutée, et l'impossibilité de remplacer les pièces brisées par des pièces équivalentes en valeur absolue, il condamne l'auteur du dommage au paiement intégral de la réparation, parce que « le défendeur est avant tout tenu de réparer le dommage

causé », qu'une réparation telle que celle qui était proposée « ne serait pas de nature à remettre l'auto dans son état primitif », qu'elle « pourrait en diminuer la valeur antérieure et léser davantage le préjudicié », qu'enfin « tenu de réparer les conséquences de sa faute » le défendeur « ne peut astreindre le demandeur à une dépense occasionnée par son fait, alors que l'état de l'auto avant l'accident était suffisant pour le service auquel elle était destinée ».

Si en effet les magistrats belges avaient accueilli l'argumentation de Backers, alors que la dépense nécessaire à la remise en état fut finalement fixée à 7.249 fr. 10, il n'aurait eu à la supporter que pour partie, et presque un tiers serait resté à la charge de la Société. Cette dernière pour conserver l'usage de son automobile, bien que n'ayant commis aucune faute, bien que victime, aurait été en quelque sorte pénalisée elle-même.

Un tel résultat aurait-il été juste et même simplement raisonnable ? Très certainement non.

Mais objectait le débiteur, votre voiture va prendre une plus-value dont déduction doit être opérée à mon profit, sans quoi vous réalisez un bénéfice. Est-ce exact ? Ceci revient à se demander si la voiture avait au lendemain de la réparation pour son propriétaire une valeur plus grande qu'avant les travaux.

La réponse dépend de la manière dont on envisage cette valeur. En valeur absolue, peut-être, mais pour le créancier en valeur d'usage ?

M. Rousseau dans une note consacrée à ce jugement résoud la question en appuyant son opinion de raisons qui nous paraissent décisives : « Il n'y a, dit-il, enrichissement du propriétaire que s'il

tire de la voiture réparée un avantage supérieur à celui qu'il aurait tiré de la voiture intacte. Or, il est facile de se rendre compte de ce fait que beaucoup de réparations et spécialement beaucoup de celles qu'exigera une collision d'automobiles, réparations de carosserie notamment, si elles peuvent augmenter la valeur vénale de la voiture, n'augmenteront pas les avantages que le propriétaire retire de sa possession. Dans ces conditions ne serait-il pas injuste de faire subir à la partie lésée, une réduction de l'indemnité sous prétexte d'une augmentation de valeur vénale dont personnellement il ne retire aucun avantage. Ne soyons pas dupe des mots : si on pratique ici la déduction du vieux au neuf sur la base de la valeur vénale, on aboutira à obliger la partie lésée à supporter, dans la mesure de cette déduction, les frais de la réparation de la faute de l'auteur de l'accident. Si donc on devait appliquer en pareille matière la déduction du vieux au neuf, il ne faudrait l'admettre qu'autant que la réparation, suite de l'accident, aurait accru non pas la valeur vénale, mais la valeur d'usage de la voiture. »

On pourrait envisager aussi le cas où l'objet endommagé ne serait ni remplaçable, ni réparable, ou ne le serait qu'à un prix très supérieur à sa valeur soit au moment de son acquisition, soit au moment où survient le dommage.

Examinons ces deux situations. L'objet d'abord n'est pas réparable et il n'est pas remplaçable par un objet de même nature, susceptible de rendre des services identiques. Si l'on tient compte seulement de sa valeur vénale, il subsistera pour le propriétaire un préjudice direct et certain, si l'indemnité ne tient pas

compte de la privation qui résulte pour lui de l'impossibilité de remplacement, privation qui peut lui occasionner un préjudice très supérieur à la valeur de la chose.

Seconde hypothèse : l'objet est cette fois réparable ou remplaçable, mais à un taux supérieur au prix d'acquisition originaire ou à la valeur vénale au moment où intervient le dommage. Le cas est analogue à l'espèce dont a connu le Tribunal de Bruxelles. Supposons encore qu'il s'agisse d'automobile. Elle valait 30.000 francs. Pour la remettre en état, il faudra engager pour 35.000 francs de travaux ; l'achat d'une voiture neuve de même force et modèle en raison de l'élévation du prix nécessiterait la même dépense. Cette voiture avait parcouru quelques milliers de kilomètres, mais elle pouvait encore pendant plusieurs années rendre les mêmes services. Peut-on me dire : Vous l'avez acheté 30.000 francs, vous en êtes privé ? soit. Voici vos 30.000 francs, c'est ce que vous avez déboursé. C'était sa valeur, c'est votre préjudice. Si je ne peux pas ou ne veux pas faire les frais du surplus des travaux ou du complément du prix, me verrai-je contraint, de renoncer à l'automobile, ou d'en chercher une autre, de qualité inférieure, ou d'occasion qui ne présentera jamais pour moi les garanties et les avantages de celle qui avait toujours reçu mes soins ?

Serait-il juste, de placer le créancier dans cette alternative d'être privé de sa chose, ou d'engager des débours importants pour réparer les fautes d'autrui. C'est cependant la conséquence de l'évaluation insuffisante du préjudice ; elle reporte sur celui qui est lésé une partie de la charge de la réparation.

Le Tribunal de Bruxelles s'est prononcé dans l'hypothèse d'un accident d'automobile, donc d'une obligation délictuelle ou quasi-délictuelle. La situation est identique dans le domaine des contrats, s'agissant de tout autre objet endommagé par la faute d'autrui, d'un dépositaire, d'un transporteur, d'un voisin, ou dans le cas de refus d'une prestation ou de contravention à une obligation de ne pas faire.

Dès qu'il y a inexécution, il y a préjudice, et ce préjudice peut être évalué de deux manières, correspondant aux deux valeurs qu'a tout objet : appréciation purement objective, prenant pour base unique la valeur vénale de l'objet au moment où naît le dommage ; appréciation plus subjective, moins rigide, tenant compte, à côté de la valeur intrinsèque des choses, de l'usage qu'en retire et qu'en attend celui qui s'en sert. La première est sans doute de détermination plus mathématique, puisqu'il n'y aura à comparer que des chiffres, mais comme le montrent les exemples que nous avons choisis, elle risque de léser gravement le bénéficiaire de la réparation.

La seconde, nécessite l'appréciation de l'utilité des choses, mais elle permet seule l'annulation de préjudice en tenant compte de tous les éléments qui encourent à en fixer l'importance : perte pécuniaire, valeur d'utilisation, intérêt particulier et même seulement moral. Elle conduit, à substituer la notion de réparation à celle d'indemnisation.

Le droit du créancier est avant tout d'obtenir l'exécution, à défaut d'exécution, la réparation intégrale du préjudice que lui cause l'inexécution. D'où son droit à la réparation en nature, adéquate au préjudice, en tout cas à une indemnité représentant pour

lui l'étendue de l'exécution ou de la réparation en nature. C'est la portée du jugement du Tribunal de Bruxelles qui vient ainsi renforcer ce que nous avons dit de la tendance des législations étrangères.

Qu'auraient jugé les Tribunaux français saisis de la même difficulté ? Qu'auraient-ils surtout décidé si elle s'était présentée sur le terrain contractuel ? Il semble que la question ne leur ait jamais été posée, en dehors du contrat d'assurances, ou en droit maritime, d'avaries communes et d'abordage (1).

Nous inclinons à penser, qu'ils ne se seraient probablement pas prononcé dans un sens, aussi favorable au créancier, étant donnée leur résistance à admettre, dans les rapports contractuels au moins, d'autre élément de préjudice que le préjudice matériel.

Nous verrons cependant avec le laissé pour compte et quelques décisions ayant ordonné une réparation matérielle, que la notion de réparation intégrale basée sur la valeur d'usage de la chose ne leur est pas restée étrangère.

---

(1) Voir sur la déduction du vieux au neuf dans ces matières, la note de M. Henri Rousseau.

CHAPITRE QUATRIÈME

Les initiatives de la Jurisprudence

Si dans l'application des dispositions du Code favorables à l'exécution en nature la jurisprudence s'est montrée trop timide, et si sur ce terrain les critiques qui lui sont adressées apparaissent fondées, elle a fait par contre un effort considérable pour restreindre par des moyens extralégaux le domaine d'application de l'article 1142 du Code civil.

Tantôt par le jeu des *astreintes* nous allons la voir chercher à obtenir du créancier l'exécution du fait personnel qui forme l'objet de l'obligation ; tantôt l'obliger à payer le montant intégral de l'objet qu'il a pris en charge, mais n'a livré que tardivement ou en mauvais état, et le lui *laisser pour compte ;* parfois même tenter de le condamner à une *réparation matérielle,* c'est-à-dire à un fait.

Nous devons maintenant étudier ces initiatives pour en dégager la portée.

Section I

Les Astreintes

La jurisprudence, frappée parfois de son impuissance à compenser par des dommages-intérêts le préjudice causé au créancier par l'inexécution fautive,

a cherché le moyen de tenter, malgré les dispositions de l'article 1142, d'obtenir du débiteur l'exécution de son obligation.

Elle l'a trouvé dans le développement d'une pratique suivie à l'origine pour éviter autant que possible au débiteur et en quelque sorte malgré lui les conséquences de l'application de l'article 1144. Nous avons vu que le débiteur bénéficie en France d'une certaine indulgence, et que même fautif, on prend à son égard des ménagements qui lui font une situation privilégiée. L'honnête homme se ruine pour faire honneur à sa parole, le débiteur malhonnête ne paraît pas indigne d'intérêt.

L'article 1144, quand son application paraissait inévitable, faisait courir au débiteur le risque d'une condamnation peut-être plus lourde que l'exécution directe en raison de la charge des travaux qu'il devrait finalement assumer. De là l'idée d'impartir un délai au débiteur pour s'exécuter, passé lequel, à défaut d'exécution, cette condamnation rigoureuse prononcée en prévision de cette éventualité pourrait, mais alors seulement, être maintenue.

Nous disons, pourrait être maintenue, car, et c'est ce qui donnera naissance à la pratique des astreintes, dès le début de la mise en application du Code civil, la Cour de Cassation ne considéra pas la condamnation à des dommages-intérêts destinés à indemniser le créancier du préjudice que lui causait l'inexécution comme définitive, mais comme simplement comminatoire. Ce terme emprunté à une ancienne jurisprudence du Parlement de Bretagne comporte un sens indicatif et provisoire. Appliqué à une condamnation pour inexécution, il marque la faveur faite au

débiteur qui pourra même après l'expiration du délai imparti se prévaloir à l'encontre du créancier de l'exécution pour échapper aux conséquences du jugement et mieux encore, solliciter un nouveau délai pour l'effectuer.

Ce retour sur une décision de justice ouvrait à la jurisprudence une voie nouvelle, inconnue de nos lois, qui devait la conduire à étendre successivement un pouvoir que le législateur avait omis de lui reconnaître. Le caractère comminatoire de la condamnation admis, la Cour de Cassation en vint à considérer que le juge n'était pas lié définitivement, que sa sentence n'emportait pour le débiteur qu'indication du risque auquel l'exposait sa résistance, et qu'en l'absence persistante d'exécution, le Tribunal pouvait être de nouveau saisi dans le but non plus seulement d'obtenir un nouveau délai, mais de modifier la condamnation provisoire à des dommages-intérêts.

Dans ces conditions, si le fait de l'inexécution devenu constant, il apparaissait que le chiffre atteint par les dommages-intérêts, constituait pour le débiteur une charge trop lourde, excessive par sa disproportion avec le préjudice causé au créancier, la juridiction saisie du litige pourrait atténuer, limiter, le montant de la condamnation primitive.

Ainsi les Tribunaux devaient être amenés, en raison de cette certitude de pouvoir revenir sur une condamnation purement indicative et provisoire, à l'aggraver pour laisser planer sur le débiteur une menace de nature à le conduire à l'exécution.

Le sursis et la condamnation comminatoire avaient eu pour but de permettre au débiteur un choix, de lui donner un temps de réflexion. C'était une faveur,

elle se retourne contre lui, car il va se trouver menacé d'une condamnation sur le chiffre de laquelle il n'a aucun élément certain de détermination, mais qui pourra demeurer très élevée.

On songe à proportionner la condamnation au retard, afin d'attirer davantage son attention sur l'intérêt d'une exécution rapide. L'astreinte sera prononcée par unité de temps et généralement par jour. La somme allouée au créancier s'accroît par la mauvaise volonté du débiteur, et celui-ci se rend compte que les Tribunaux saisis à nouveau, une fois expiré le délai imparti pour l'exécution, hésiteront moins à prononcer une condamnation à des dommages-intérêts qui, si elle n'est pas nécessairement maintenue au chiffre atteint par l'astreinte courue, sera cependant d'autant plus élevée, ou risquera de l'être, que son inertie aura été plus inexcusable et plus prolongée.

Cette modification nouvelle concourt à donner à l'astreinte sa physionomie originale ; elle change complètement le caractère primitif de la condamnation à un équivalent pécuniaire, acquis après l'échéance du délai de grâce. Elle fait peu à peu disparaître la notion d'indemnisation et la transforme en mesure d'intimidation et de contrainte ; elle en fait une menace, qui doit briser la résistance du débiteur.

La jurisprudence quand au début elle maintient le mot dommages-intérêts, ne dissimule pas son objectif. Il apparaîtra ouvertement quand elle aura adopté l'appellation d'astreinte (1).

---

(1) Cass., 20 mars 1839, S. 92.1.565. Dans une décision antérieure la Cour de Cassation avait employé le mot de « contrainte ». Cass., 26 janv. 70, S. 70.1.159.

Le terme employé est parfaitement adéquat, il s'appliquera avec tout le sens qu'il comporte quand, dans la dernière phase de son évolution, la jurisprudence s'en servira, non plus seulement dans le domaine des intérêts patrimoniaux, mais aussi dans celui des rapports de famille auxquels il est impossible de fixer un équivalent évaluable en argent, ou dans des espèces où le préjudice matériel est inexistant. A l'origine en effet l'astreinte avait été employée dans les cas où un débiteur en raison de l'article 1142 ne pouvait être contraint directement à l'exécution en nature ; son domaine a englobé finalement toutes les hypothèses où une action personnelle d'un individu est nécessaire, que l'exécution forcée soit possible ou non matériellement ou juridiquement.

Aussi peut-elle être définie : « Une condamnation prononcée à tant par jour de retard ou par toute autre unité de temps appropriée aux circonstances, et destinée à obtenir du débiteur l'exécution d'une obligation de faire, par la menace d'une peine considérable, susceptible de grossir indéfiniment (1) », et son but, non dissimulé est-il d'aboutir à l'exécution en nature.

Cette brève analyse montre ce qu'est l'astreinte et en fait apparaître les caractères spécifiques :

Elle n'est pas une condamnation à une somme fixe de dommages-intérêts, mais à une quotité variable avec une unité de temps ; c'est donc une condamnation indéterminée.

Elle ne se limite pas au fait né et actuel, au préjudice une fois déterminé, ne met pas un terme à la

---

(1) Planiol, t. II, n° 208.

situation des parties ; elle est prononcée « in futurum ».

Elle est purement provisoire, comminatoire suivant le terme adopté et le juge peut revenir sur sa décision soit pour aggraver la sanction qu'elle constitue, soit au contraire pour en alléger la charge.

En face de l'institution des astreintes, nous sommes amenés à nous poser deux questions :

Est-elle conciliable avec les textes du Code civil qui règlent l'exécution des obligations de faire, ou n'est-elle pas plutôt sur le terrain extra-légal une construction jurisprudentielle destinée à en éviter l'application ?

Atteint-elle en fait son but ?

L'article 1142, prévoit pour le cas d'inexécution, la résolution en dommages-intérêts. L'astreinte, nous l'avons vu, consiste, c'est au moins la terminologie consacrée par la jurisprudence, dans l'allocation de dommages-intérêts, et comme les dommages-intérêts, la somme à laquelle elle sera finalement arbitrée, bénéficiera au créancier avec le caractère d'une indemnité pour le préjudice que lui a fait éprouver l'inexécution.

Mais, à la différence des dommages-intérêts visés par les articles 1149 et suivants du Code civil, nous voyons les Tribunaux s'arroger pour leur fixation un pouvoir arbitraire, et pour lui faire produire son effet, la proportionner moins au dommage subi par le créancier ou à son intérêt qu'à la situation même du débiteur (1).

---

(1) Req., 6 fév. 1900, D. 1900.1.167 ; Civ., 20 janv. 1913, S. 1913.1.386.

Elle est employée dans des hypothèses où aucun intérêt patrimonial n'est en jeu et où il est impossible de découvrir un intérêt matériellement appréciable.

Enfin contrairement aux dommages-intérêts, même dans le cas où ils seraient fixés conditionnellement, elle n'est pas irrémédiablement prononcée, et peut, que l'exécution ait été obtenue ou non, être ramenée au taux de simples dommages-intérêts moratoires ou compensatoires, ou même être entièrement rabattue (1).

Aussi semble-t-il bien qu'en réalité elle soit essentiellement différente des dommages-intérêts, et qu'elle ne puisse trouver sa base dans leur réglementation ni dans la théorie de la responsabilité contractuelle (2).

Sans doute au cas d'inexécution elle prendra finalement au profit du créancier le caractère d'une indemnité compensatrice, mais vis-à-vis du débiteur elle est surtout « une mesure, une voie d'exécution, un levier à l'aide duquel on pèse sur la volonté du débiteur pour lui arracher l'accomplissement d'une obligation de faire strictement personnelle qui lui incombait » (3).

L'astreinte d'autre part tend à éviter la résolution de l'obligation, à réduire l'application de l'article 1142 aux seules hypothèses où aucune exécution en nature n'est possible dans l'avenir.

---

(1) Req., 14 juin 1920, D. 1921.1.195.

(2) Voir sur toute cette question l'étude très complète et très détaillée de M. A. Esmein : *L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes.*

(3) Josserand, *Cours de Droit civil,* t. II, n° 598.

Sans doute, la contrainte qu'elle constitue n'est pas de celles qui heurtent nos mœurs modernes, elle s'adresse uniquement à la volonté du débiteur qui a l'obligation de tenir sa promesse. Il ne peut se plaindre de l'élévation de la condamnation encourue dont il lui est loisible de limiter la charge en s'exécutant. C'est en somme sa mauvaise volonté persistante, sa faute qui déterminera l'étendue de son malheur.

Il n'en est pas moins vrai qu'elle ne figure pas dans nos textes et qu'elle méconnaît, quand elle s'applique à des obligations consistant en un « pur fait » le principe de résolution posé par le Code (1).

Cette considération n'a pas empêché cependant la jurisprudence de l'appliquer à toutes les obligations de faire, légales, ou conventionnelles, susceptible ou non d'être exécutées « manu militari », aux obligations nécessitant un concours actif et personnel du débiteur lui-même, c'est-à-dire aux obligations mêmes que vise l'article 1142.

Nous voyons aussi la jurisprudence, dont par ailleurs nous avons signalé les timidités, tenter dans la mesure du possible d'éviter la résolution de l'obligation en un équivalent pécuniaire, et ne pas hésiter pour y parvenir à forcer les textes et même à les méconnaître, comme c'est le cas pour l'article 1142. Quand l'exécution en nature lui paraît désirable, elle ne se résignera à y renoncer que quand l'astreinte se sera révélée inefficace.

L'astreinte a fait l'objet de nombreuses critiques fondées principalement sur son absence de fondement juridique. Son maintien, sauf à en régulariser

---

(1) Aubry et Rau, IV, n° 299, p. 64.

l'emploi, se justifie par son utilité incontestable. Cette institution comble, d'ailleurs peut-être incomplètement au moins sous sa forme actuelle, une lacune de nos lois.

Connaissant le but qu'a cherché à atteindre la jurisprudence nous devons nous demander maintenant si elle l'a réalisé. Autrement dit : Quelle est la portée de l'astreinte ?

Pour la déterminer, nous envisagerons l'effet de deux ordres de décisions qui diffèrent tant au point de vue du montant que du caractère de la condamnation qu'elles prononcent.

Première hypothèse. — Une Société par exemple, s'est engagée à réaliser un contrat de vente. Elle ne s'exécute pas et retarde la prise de possession de l'acquéreur. Le jugement condamne la venderesse à s'exécuter dans un délai imparti, à peine de dommages-intérêts fixés par jour de retard, condamnation définitive et absolue dans l'intention des juges qui l'ont prononcée en la limitant dans sa durée et dans son taux de manière qu'elle corresponde au préjudice pouvant résulter de nouveaux retards (1). A quelque moment qu'intervienne l'exécution le créancier exécutera son débiteur pour le chiffre atteint par cette pénalité. Le jugement est exécutoire, sans qu'une décision nouvelle puisse venir en modifier les termes.

La légitimité de ce mode de procéder n'est pas douteuse, le retard cause à l'acquéreur un préjudice cer-

(1) Req., 18 novembre 1907, D. 1908.1.23.

tain dont il lui est dû réparation. Ce préjudice est d'autant plus grand, que le retard est plus important. Il motive l'allocation de dommages-intérêts moratoires.

La valeur astreignante d'une telle condamnation réside dans sa forme ainsi que dans la fixation du chiffre des dommages-intérêts, pour laquelle, les juges du fait disposent d'un pouvoir souverain d'appréciation.

Le débiteur est certain de ne pas échapper aux conséquences de sa morosité ; il sait qu'il encourra une condamnation définitive, d'autant plus lourde qu'il retardera davantage l'exécution. Cette forme de condamnation est donc de nature à inciter le créancier à se soumettre aussi rapidement que possible ; elle n'est cependant que l'application des règles générales d'allocation des dommages-intérêts.

Seconde hypothèse. — C'est celle de l'astreinte proprement dite, et c'est la plus fréquemment employée par la jurisprudence qui semble, autant que l'on en peut juger par l'ensemble de ces décisions, la préférer à la première qui s'applique plus facilement, il faut le reconnaître, aux cas où le retard constitue un élément important de préjudice matériel. Le chiffre de la condamnation fixée par unité de temps ne correspond ni au préjudice résultant de l'inexécution, ni à celui résultant du retard. La décision est purement comminatoire, elle est révocable et non exécutoire.

La toiture d'un immeuble de location est en mauvais état, l'eau filtre à travers les plafonds, trouble la jouissance des locataires, mais les dégâts causés à leurs meubles son' au début insignifiants. Le pro-

priétaire refuse d'entreprendre les travaux nécessaires. Appelé en justice, il est condamné à les faire effectuer sous un mois, passé lequel, il encourra pendant trois autres mois une astreinte de 1.000 francs par jour de retard. Il ne se conforme pas à cette injonction. Les délais expirés le Tribunal est appelé à prendre une décision définitive. Il va autoriser le locataire à faire exécuter les travaux, sous la direction d'experts, aux dépens du propriétaire. Que va-t-il advenir de l'astreinte ?

Elle a atteint 90.000 francs. Le propriétaire ne va pas être condamné à la payer. L'astreinte va disparaître et l'on va seulement évaluer pour justifier la condamnation définitive, le préjudice causé au locataire, celui qu'il a effectivement subi.

Son appartement n'a pas été d'une occupation agréable, mais il a continué à y habiter ; on considérera peut-être que sa jouissance a été diminuée de moitié, et de ce chef il va recevoir la moitié des loyers, pendant la période de trouble, mettons 1.500 francs. Les dégâts de son mobilier s'élèvent au même chiffre. Au lieu de 90.000 francs, notre propriétaire ne sera condamné qu'à 3.000 francs de dommages-intérêts.

La réduction de l'astreinte à la proportion de simples dommages-intérêts compensatoires ou moratoires est cependant inévitable puisque attribuée dans son entier au créancier elle prendrait vis-à-vis du débiteur pour la part dépassant le préjudice causé, le caractère d'une peine privée illégale, et procurerait au bénéficiaire un enrichissement injustifié.

L'astreinte aboutit donc à un résultat voisin de celui du premier type de décision que nous avons

examiné. Elle en diffère par l'incertitude qui planera sur le débiteur jusqu'à la décision définitive, de l'usage que feront les juges de leur pouvoir d'appréciation, pour évaluer tendancieusement le préjudice causé au créancier (1).

Dans la première hypothèse, le débiteur en connaît exactement la charge. Il le compare au gain que l'inexécution peut lui procurer pendant le même temps. Le résultat de cette comparaison détermine sa conduite.

Dans la seconde, ses calculs risquent d'être déjoués, si indisposés par sa « morosité » et en soupçonnant la cause, les juges en tiennent compte pour faire, dans la mesure de leur pouvoir, une appréciation plus large du préjudice.

Cette incertitude quant au chiffre de la condamnation définitivement encourue donne sa valeur à l'astreinte, mais elle en atténue en même temps son efficacité.

Le débiteur sait que la condamnation est seulement comminatoire et qu'elle sera finalement rabattue. Il spécule sur la pitié du juge, qui le fera reculer devant une condamnation nécessairement élevée lorsqu'au cas d'inexécution définitive les dommages-intérêts compensatoires et moratoires viendront à se cumuler, ou quand, l'exécution obtenue, il n'y aura plus qu'à évaluer un préjudice souvent purement moral. Pour

---

(1) Les juges du fond ne sont pas tenus, tant en matière de faute contractuelle que de faute délictuelle, de préciser les éléments qui leur ont servi à déterminer le *quantum* de l'indemnité due en réparation du préjudice causé par l'une ou l'autre de ces fautes ; leur pouvoir d'appréciation est souverain de ce chef et, jusqu'à preuve du contraire, il doit être admis comme constant qu'ils ont tenu compte des deux éléments de perte subie et de gain manqué indiqués par la loi. Cass., req., 19 juin 1924, D. H. 1924, p. 512.

l'inexécution, qui nous préoccupe, il est persuadé que la somme qu'il sera condamné à payer ne dépassera pas le coût de l'exécution volontaire, de sorte qu'en fait l'astreinte efficace vis-à-vis des débiteurs timides l'est beaucoup moins vis-à-vis du débiteur entêté ou processif.

Notre but n'est pas de solutionner le problème des astreintes. Il nous paraît cependant possible de conclure que mieux vaudrait une condamnation définitive qu'une condamnation provisoire et que sur le terrain des dommages-intérêts moratoires la jurisprudence aurait la possibilité de régulariser et de couronner son œuvre en tenant compte pour la fixation d'une indemnité fixée par jour de retard et définitivement acquise à l'expiration d'un délai plus ou moins long suivant l'intérêt de l'exécution en nature, d'un préjudice personnel du créancier, matériel ou moral, toujours existant.

Retenons de l'institution des astreintes, un effort de la jurisprudence pour échapper aux conséquences de l'adage « nemo potest », et qui tire sa valeur de la crainte du débiteur d'une condamnation plus lourde que l'exécution en nature.

Section II

Le laissé pour compte

Les astreintes ne sont encore qu'un moyen de contrainte employé contre le débiteur pour l'amener indirectement à l'exécution de l'obligation. Avec le laissé pour compte, la jurisprudence lui impose, dans le cas particulier du transport de marchandises, et il faut le reconnaître avec moins d'unanimité et de

certitude, une sanction directe, très voisine de l'exécution en nature dont elle présente pour le créancier tous les avantages.

Il faut en effet distinguer, du point de vue qui nous occupe, celui de l'exécution, deux sortes de laissés pour compte : le laissé pour compte, en matière de contrat de transport, que nous étudierons seul ici, et qui constitue une véritable exception à la règle de l'article 1142 du Code civil, et le laissé pour compte dans les rapports entre acheteurs et fournisseurs, qui n'est que l'application de la condition résolutoire tacite, sous-entendue aux termes de l'article 1184, dans les contrats synallagmatiques. Si la menace de résolution peut, dans une certaine mesure faire pression, sur le débiteur, pour l'amener à l'exécution en nature, elle ne constitue pas un mode d'exécution du contrat qu'elle aboutit au contraire à résoudre. Nous verrons que les résultats du laissé pour compte dans le contrat de transport sont tout différents (1).

Cette pratique dans le contrat de transport consiste, dans le fait, pour le propriétaire d'une marchandise ou d'un objet avarié au cours du transport ou arrivé par suite de retard à un moment où il ne peut plus être utilisé, de laisser cette marchandise ou cet objet au transporteur qui devra en retour de cet abandon lui en rembourser intégralement le prix, sans préjudice éventuellement de dommages-intérêts supplémentaires.

---

(1) Nous estimons que l'expression : laisser pour compte, devrait être exclusivement réservée à la matière des transports. La jurisprudence l'emploie cependant dans d'autres hypothèses. V. p. ex. Cass., 28 juin 1862, D. 1863.1.250, S. 63.1.311 et Cass. civ., 5 juin 1923, D. 1924.1.135.

Le transporteur devient ainsi propriétaire de la marchandise ou de ce qui en reste d'utilisable avec comme seule ressource d'en opérer la vente, si elle représente encore une certaine valeur. C'est, comme on peut le remarquer de suite, une mesure très particulière, puisque les principes juridiques qui régissent les rapports contractuels, devraient seulement conduire à donner au maître de la chose une action en dommages-intérêts pour le retard ou les avaries, action limitée au préjudice effectivement subi, c'est-à-dire, déduction faite de la valeur encore existante.

Aussi le laissé pour compte ne s'est-il introduit dans notre pratique qu'avec bien des hésitations. Un arrêt de la Cour de Colmar (1), rendu dans un cas de livraison tardive de marchandises, relève un des principaux obstacles à l'admission du laissé pour compte ordonné par les juges. « Considérant, dit-elle, que toute obligation de faire se résout, en cas d'inexécution, en dommages-intérêts, aux termes de l'article 1142 du Code Napoléon, et que ces dommages doivent être en général de la perte qui a été faite et du gain dont a été privé celui envers lequel l'obligation n'a pas été remplie » ; et cependant la Cour ajoute que : le laissé pour compte « peut être toléré dans des cas tout à fait exceptionnels ».

C'est qu'en effet l'allocation de dommages-intérêts peut paraître une réparation insuffisante.

Je viens d'acheter une automobile ; elle m'est expédiée par chemin de fer, mais au cours du voyage elle subit des avaries. Elles sont réparables ; mais après réparation je n'aurai jamais, si soigneusement qu'ait

(1) Colmar, 8 avril 1857, S. 1857.2.571.

pu être faite la remise en état, même si elle conserve pour moi la même utilité, qu'une voiture réparée.

Sans doute, je pourrai toucher une certaine indemnité correspondant à la diminution de valeur en résultant, si encore il est jugé que ma voiture a subi du fait de l'accident une dépréciation. Mais n'aurai-je pas toujours la crainte qu'une avarie cachée n'ait pas été aperçue par les experts, et qui, se révélant à l'usage, me fera courir des risques. Comment établirai-je qu'un nouvel accident est une conséquence certaine du premier ? J'aurai donc pendant longtemps un sentiment d'insécurité ; j'aurai en tout cas perdu le bénéfice de la garantie du fabricant. Si au contraire j'obtiens le laissé pour compte je récupérerai le prix de ma voiture et je n'aurai qu'à la remplacer.

Cette considération a conduit la jurisprudence et notamment les juridictions consulaires, presque dès le début et la mise en application des Codes, à l'idée de recourir à un autre mode d'exécution du contrat, au moins lorsque le retard ou les avaries présentaient une certaine importance.

La Cour de Cassation dans un arrêt du 3 août 1835 rejetant un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Nîmes qui l'avait ordonné, donnait au laissé pour compte l'approbation de sa haute autorité de la manière la plus formelle, encore qu'elle ait évité de se prononcer sur son fondement au regard du droit :

« Attendu, que la loi, en gardant le silence sur le mode d'indemnité auquel elle soumet les entrepreneurs de roulage, voituriers et entrepreneurs de messageries, pour le cas où les marchandises sont arrivées tardivement à leur destination, a laissé aux Tribunaux à déterminer cette indemnité d'après les faits

et les circonstances, d'où il suit que dans l'espèce, en choisissant, pour régler l'indemnité qui n'était pas contestée, un mode de réparation entre plusieurs autres, la Cour de Nîmes n'a fait qu'user du droit qu'elle avait (1). »

Cette décision trouvait un précédent, dans un arrêt du Parlement de Paris du 28 septembre 1779, rendu sur une sentence du Présidial de Moulins qui avait ordonné déjà le laissé pour compte (2).

La formule de la Cour de Cassation était donc très large ; elle accordait au laissé pour compte droit de cité dans la pratique des transports, mais sans se prononcer sur les conditions de son admission ; les juges du fait conservaient une liberté entière. Allaient-ils lui reconnaître le caractère d'une sanction normale ou au contraire, la considérant comme exceptionnelle, n'en faire qu'une application restreinte.

Cette dernière tendance l'a emporté et dans son ensemble les Cours d'appel et les Tribuaux subordonnent le laissé pour compte à cette condition, que les avaries subies par l'objet transporté l'aient rendu « impropre à sa destination », qu'il ne réponde plus « au but que se proposait le propriétaire » (3) — ou, que le retard avec lequel il est parvenu au destinataire, n'en permette plus à ce dernier l'utilisation (4).

Depuis 1835, la Cour de Cassation n'a eu, à notre connaissance, à se prononcer qu'à deux reprises sur la validité du laissé pour compte dans les rapports

---

(1) Cour de Cass., 3 août 1835, S. 35.1.817.

(2) Merlin, *Rép.*, v° Voiturier, § 2.

(3) Rennes, 28 janv. 1907, D. 1909.2.139 ; *id.*, Rennes, 19 mars 1850, D. 52.2.240, S. 51.2.161 ; Dijon, 27 juillet 1899, D. 1900.2.173 ; Agen, 12 mai 1899, D. 1900.2.174.

(4) Poitiers, 30 octobre 1893, S. 1894.2.279, D. 94.2.252 ; Aix, 21 août 1872, D. 72.2.182.

de transporté à transporteur. Dans le premier de ces arrêts, celui du 28 janvier 1884 (1), le pourvoi ne visait d'ailleurs pas le principe lui-même, mais seulement la question de préjudice. La Cour d'appel constatant, avec le jugement, son existence, « dont les éléments étaient spécifiés dans le dispositif de la sentence », avait estimé, « que le laissé pour compte, prononcé par le Tribunal, était le moyen le plus exact et le plus sûr de régler les dommages-intérêts auxquels la Compagnie (dans l'espèce une compagnie de navigation) devait être condamnée ». La Cour de Cassation juge que cette décision est suffisamment motivée.

L'arrêt du 16 juin 1914 a rejeté un pourvoi formé contre un jugement du Tribunal de commerce de Nice du 21 avril 1909 qui, déclarant qu'une bicyclette avait été complètement abîmée au cours du transport, avait condamné la Compagnie des Chemins de fer du Sud de la France à en payer la valeur intégrale, lui laissant pour compte la machine avariée.

« Attendu, dit à nouveau la Chambre civile, que les juges du fond ont fait ainsi usage d'un pouvoir souverain qui leur appartenait pour apprécier le montant du dommage et en déterminer le mode de réparation — qu'en statuant comme il l'a fait le Tribunal de commerce de Nice n'a violé aucun des articles de loi visés par le pourvoi. »

La Cour de Cassation a donc maintenu sa position originaire, elle persiste à ne pas se prononcer sur les conditions d'admissibilité du laissé pour compte que, contrairement aux autres juridictions, elle ne paraît

---

(1) D. 1884.1.338.
(2) S. 1915.1.96, D. 1916.1.152.

pas considérer comme un mode exhorbitant de réparation.

Le laissé pour compte sanctionne donc un manquement aux conditions du contrat de transport, non sans doute à proprement parler par une exécution en nature, mais cependant par une sanction très différente de l'équivalent pécuniaire de l'article 1142. La condamnation qu'il obtient présente en effet pour le maître de la chose transportée le même intérêt que l'exécution en nature, puisqu'il reçoit la valeur exacte de l'objet confié aux soins du transporteur et qu'il échappe ainsi aux incertitudes d'évaluation de son préjudice.

Il présente en outre cet autre avantage d'amener, parfois, le transporteur qui en redoute l'application, à offrir au propriétaire de l'objet transporté de faire effectuer lui-même les travaux nécessaires pour sa remise en état (1).

Mesure donc satisfaisante et utile pour le créancier. Mais est-elle normale, c'est-à-dire conforme aux principes de notre Droit ? N'a-t-elle au contraire comme justification que son utilité ? Dans ce cas, et nous pensons que c'est son véritable caractère, elle serait en réalité une sanction créée par la jurisprudence pour procurer au créancier un équivalent de l'obligation plus exact que de simples dommages-intérêts.

La jurisprudence ne s'est guère préoccupée de la valeur juridique du laissé pour compte. Certains

---

(1) Un jugement du Tribunal de commerce de Bourges du 13 mars 1886 a condamné une Compagnie de transports à rendre à son propriétaire, réparée et en bon état, une marchandise qu'elle avait prise en charge ou à en payer la valeur (*Pand.*, 1886.2.165.)

auteurs, sortant de la réserve que dans son ensemble la doctrine a observée sur ce point, ont tenté parfois de la concilier avec le Code.

« Ce n'est là, pour Sourdat (1), qu'un mode, particulier de paiement, le voiturier ne supportant en définitive, que la perte résultant de la différence qui existe entre le prix originaire des marchandises et celui auquel il les revend, et c'est précisément de cette perte qu'il doit indemniser le destinataire. »

« Toutefois, ajoute-t-il, on comprend que le règlement opéré de cette manière soit dans beaucoup de cas plus onéreux au voiturier qu'une condamnation pure et simple à des dommages-intérêts, puisque, se trouvant chargé de marchandises dont la vente ne rentre aucunement dans ses connaissances et sa profession, il peut être obligé de les céder à plus bas prix que ne l'eut fait le destinataire. »

Sourdat n'explique pas comment le transporteur va se trouver investi par autorité de justice de cette obligation à un fait, savoir s'il veut limiter la charge qui résulte pour lui du paiement intégral, la vente de l'objet qui lui est laissé pour compte. Cette conséquence, contraire au texte et même à l'esprit de l'article 1142, permet difficilement de présenter le laissé pour compte, comme un mode d'indemnité normal.

Voici un transporteur qui, par la convention qu'il a passée avec l'expéditeur d'un objet ou d'une denrée quelconque, s'est engagé seulement à le conduire dans un laps de temps déterminé et en bon état à une destination qu'on lui a fixée; il n'assume dans l'intention des parties en cause que le transport et les risques

---

(1) *Traité de la responsabilité*, t. II, p. 282.

inhérents, et à raison d'une avarie survenue durant le voyage ou d'un retard, il va s'en trouver par une décision de justice rendu propriétaire, en quelque sorte acquéreur obligé.

« C'est, constate M. Josserand, une œuvre d'autant plus hardie en apparence au moins, qu'elle a permis au destinataire de déformer le contrat de transport en plaçant le voiturier dans la situation d'un acheteur malgré lui et en l'astreignant en fait à devenir par surcroît un vendeur... (1) ». En effet il va falloir de toute nécessité qu'il se débarrasse et dans des conditions défavorables d'une marchandise, opération qui ne rentre pas dans ses attributions normales. Résultats « en contradiction tant avec la loi contractuelle qu'avec les textes du Code civil et du Code de commerce qui n'ont pas prévu que la responsabilité du transporteur put revêtir une forme de réalisation autre que celle des dommages-intérêts fixés en argent » (2).

Opposition avec la loi contractuelle, car basé sur l'accord intervenu entre l'expéditeur et le transporteur, le contrat de transport est soumis comme toute convention aux conditions de l'article 1134 du Code civil, et qu'il constitue la loi des parties. Or ce que les parties ont voulu c'est que le transport soit effectué ; elles n'ont pas pu envisager une substitution de conventions ; en tous cas il y aurait certainement manqué le concours nécessaire de la volonté de l'entrepreneur de transports.

Opposition avec les textes du Code civil et du Code de commerce. L'obligation du voiturier est contrac-

---

(1) Josserand, *op. cit., Transports,* n° 619.

tuelle ; au cas où il ne tiendra pas ses engagements, au cas où la marchandise transportée n'arrivera pas par sa faute à destination dans les délais fixés et en bon état, de quoi est-il tenu ? L'article 1147 édicte que le débiteur peut être condamné au paiement de dommages-intérêts, soit à raison de l'inexécution, soit à raison du retard ; l'article 1149 que la mesure des dommages-intérêts sera en général et sauf exceptions énumérées aux articles suivants de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé ; l'article 1150 que le débiteur n'est tenu que des dommages-intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, sauf le cas de dol. Comment considérer le laissé pour compte comme un paiement ? Comment considérer qu'il a pu entrer dans la prévision des parties, qu'il est une conséquence du contrat de transport.

Enfin le contrat de transport engendre pour le voiturier une obligation de faire. Il tombe en conséquence sous l'application de l'article 1142 et ce que nous en avons dit, suffit à démontrer qu'il est impossible de considérer le laissé pour compte comme un mode d'application de dommages-intérêts.

L'article 104 du Code de commerce qui s'occupe particulièrement de la question du retard, pour exonérer le voiturier de sa responsabilité dans le cas où elle est la conséquence de la force majeure, écarte l'indemnité, l'indemnité c'est-à-dire les dommages-intérêts fixés en argent qui sont les seuls envisagés dans nos lois en matière de responsabilité contractuelle.

Suffit-il en présence de ces contradictions formelles d'admettre, comme l'ont fait certains auteurs et

notamment Thaller, que le laissé pour compte trouve un fondement suffisant dans l'usage qui, ainsi établi, équivaut à une convention formelle ? (1) Evidemment non, car encore faudrait-il que les parties aient eu la volonté de s'y référer et la considération des charges que le laissé pour compte impose au transporteur, que certains ont même qualifié d'excessives, exclut toute présomption d'un consentement de la partie qui éventuellement devrait les assumer.

La conciliation avec la loi contractuelle a été tentée encore sur un autre terrain. M. Josserand a voulu présenter le laissé pour compte comme une application de l'article 1184, et cette opinion paraît avoir été celle de la Cour de Bordeaux qui, dans un arrêt du 18 mai 1892, a décidé que « le laissé pour compte dans le cas d'avarie ou de simple retard est un mode de réparation exhorbitant qui, dans le silence de la loi, ne peut être déclaré licite que comme une convention tacite consacrée par l'usage ; cette sanction n'est alors que la conséquence de la résolution autorisée par l'article 1184 du Code civil » (2).

Nous venons de voir ce qu'il faut penser de l'usage et de la convention tacite, mais y a-t-il même une analogie entre le laissé pour compte et la résolution que prévoit l'article 1184 ?

M. Josserand signale entre les deux situations des caractères communs : laissé pour compte et rupture de contrat doivent être demandés ; il faut que dans l'un ou l'autre cas le manquement présente une certaine gravité ; enfin le juge peut en raison de la

(1) Thaller, *op. cit.*, n° 1192.
(2) S. 94.2.279.

gravité de la faute commise, s'il y en a une, allouer des dommages-intérêts supplémentaires (1).

Mais là se limitent les rapprochements qu'il est possible de faire, et toute autre, si l'on approfondit la question, est la situation dans laquelle l'article 1184 et le laissé pour compte mettent les parties.

L'application de l'article 1184 replace les parties dans la situation où elles se trouvaient avant que ne soit intervenu le contrat qui se trouve résilié. Or quelle était la situation du transporteur ? Il n'avait en sa possession aucune marchandise, il n'était ni vendeur, ni propriétaire de marchandises, il n'en avait acheté aucune pour la revendre, il avait seulement accepté de conduire le bien d'autrui à une certaine destination qui lui avait été fixée. Le laissé pour compte conduit à le considérer comme un expéditeur, comme un fabricant.

Est-ce là la conséquence du contrat ? Est-ce le contrat lui-même ? La réponse n'est pas douteuse. La mesure qui est demandée et prononcée contre lui transforme la convention, au lieu de la résoudre comme le fait l'article 1184. L'article 1184 règle la situation d'un expéditeur et d'un destinataire, d'un vendeur et d'un acheteur, d'échangistes. Le transporteur, le voiturier n'a à aucun titre cette qualité (2).

Planiol, qui dans son *Traité élémentaire de Droit civil* semble négliger l'existence du laissé pour compte en matière de transports, nous donne dans une note consacrée à deux décisions qui emploient pour d'autres rapports de droit l'expression de laissé pour

---

(1) Josserand, *Transports*, n° 620 et notes, p. 599.

(2) C'est l'opinion à laquelle s'est arrêté M. Dubois dans l'étude très complète qu'il a consacrée au laisser pour compte. V. aussi Lyon-Caen et Renault, t. III, n° 31 *bis*.

compte, la démonstration et la non-identité des deux notions, condition résolutoire et laissé pour compte. Il vient d'affirmer : « Les dommages-intérêts accordés au créancier sont toujours fixés en argent, c'est une vieille règle qui n'est pas exprimée par le Code civil, mais qui est sous-entendue. Les juges ne pourraient pas donner un autre objet que de l'argent à leur condamnation (1). » Il ajoute : « C'est par erreur qu'on cite quelquefois certains arrêts comme ayant donné au créancier une indemnité autre que de l'argent », et en donne deux exemples qui viennent appuyer cette observation.

Les deux arrêts de la Cour de Cassation qu'il cite sont ceux du 21 juin 1862 et du 9 août 1881 (2) : « Le premier de ces arrêts a ordonné que des tissus non conformes à l'échantillon seraient laissés pour compte au fabricant ; le second a ordonné des travaux définitifs pour empêcher à l'avenir l'inondation d'un terrain par les eaux de pluies provenant d'un terrain supérieur. Or le premier arrêt fait application du principe de l'article 1184 sur la résolution des contrats synallagmatiques pour défaut d'exécution par l'une des parties, le second procure au créancier d'une obligation de ne pas faire l'exécution réelle de cette obligation pour l'avenir en ordonnant que le terrain supérieur soit remis en un état tel que le dommage causé au fonds inférieur prenne fin ; c'est l'application de l'article 1143. Ainsi ni l'un ni l'autre de ces arrêts ne concerne la théorie des dommages-intérêts, laquelle répond à cette question : Sous quelle forme

---

(1) T. II, n° 226 et n. 2.
(2) Cass., 28 juin 1862, D. 63.1.250, S. 63.1.311 ; Cass., 9 août 1881, D. 81.1.206, S. 81.1.358.

le créancier d'une obligation inexécutée doit-il être indemnisé ? C"est par suite d'une confusion évidente de mots que l'arrêt de 1862 prononce le laissé pour compte à titre d'indemnité. »

L'arrêt de 1862 est un exemple très net de l'application de la résolution de l'article 1184. Toute différente est la situation d'un transporteur ; vis-à-vis duquel, juridiquement, la rupture de contrat de transport ne peut pas conduire à garder un objet dont la contre-prestation dans l'opération qui nécessitait le transport ne devait pas lui revenir.

Il est assez singulier que Planiol n'ait pas envisagé, à côté de ces deux décisions, dans lesquelles il critique l'emploi de l'expression « laisser pour compte », les arrêts des 3 août 1835 et du 16 juin 1914 où elle a au contraire sa pleine signification, et qui seraient venu contredire une règle présentée comme ne comportant aucune exception.

Donc suivant Planiol, la question : Sous quelle forme le créancier de l'obligation née du contrat de transport doit-il être indemnisé ? devrait recevoir cette réponse que l'auteur lui donne lui-même : sous forme de dommages-intérêts, c'est-à-dire d'une allocation de somme d'argent, seule forme d'indemnité prévue par le Code civil. Le laissé pour compte est autre chose qu'une simple indemnité.

La vérité est donc bien que sans justification juridique possible, et guidée uniquement par des considérations d'équité, de nécessité pratique, la jurisprudence a cherché à réaliser une exécution aussi voisine que possible de l'exécution en nature.

Parfois, nous l'avons dit, l'éventualité du laissé pour compte conduira le transporteur à faire effec-

tuer spontanément, avant livraison, la réparation de l'objet avarié au cours du voyage et l'on se trouvera en présence d'une véritable exécution en nature volontaire (1).

Cette hypothèse, conduit à se demander si le réceptionnaire pourrait encore prétendre au délaissement de l'objet réparé ?

Une distinction symétrique de celle que nous avons vu faire par la jurisprudence pour le laissé pour compte s'impose suivant l'importance de la diminution de valeur et d'utilité résultant des avaries et de la réparation.

La réparation rend-elle à l'objet toute sa valeur ? Il semble que le créancier à défaut de préjudice n'aura plus de raison d'en refuser la livraison. La réparation au contraire laisse-t-elle subsister pour le maître de la chose un préjudice, il pourra obtenir, malgré la réparation, de la laisser pour compte au transporteur (2).

Section III

Condamnation à effectuer une réparation matérielle

§ 1er. — *Dans le domaine contractuel.*

La menace du laissé pour compte, conduira donc parfois le transporteur à faire réparer lui-même l'objet qui lui a été confié. Mais peut-il y être contraint? La condamnation à une réparation matérielle n'ap-

---

(1) Josserand, *Transports*, n° 965.
(2) Rennes, 28 janv. 1907, D. 1909.2.139, sol. imp.

paraît pas comme devant être nécessairement plus lourde pour lui.

La question s'est trouvée posée précisément sur le terrain même où s'est développé le laissé pour compte, dans le contrat de transport, sans doute parce que l'ampleur et la variété des moyens techniques des Compagnies de transport leur permettait d'effectuer ou de faire effectuer, en tout cas de surveiller et de contrôler, la remise en état des objets avariés au cours du transport.

Il semble que cette considération ait influencé les Tribunaux de commerce qui n'ont pas vu d'obstacle à une telle condamnation, véritable pendant du laissé pour compte, et dont les résultats lui paraissaient de nature à donner toute satisfaction aux usagers des Entreprises de transport.

La première décision que nous ayons pu relever dans ce sens est un jugement du Tribunal de commerce de la Seine du 18 juillet 1885 (1). Elle était rendue, il faut le reconnaître, dans une hypothèse particulièrement favorable, puisque les objets dont la réparation était demandée se trouvaient être des wagons particuliers, avariés sur le réseau de la Compagnie des Chemins de fer du Nord.

Quelque temps auparavant le fait déjà s'était produit, et la même Compagnie avait réparé volontairement des wagons appartenant à la même personne; elle se refusait cette fois à l'exécution des travaux :

« Attendu, juge le Tribunal, qu'il ne saurait être admis que le voiturier aura pour la même nature de

---

(1) Sous Paris, 24 mars 1887 ; *Journ. Trib. Com.*, 1888, p. 258.

marchandises transportées, tantôt la faculté de procéder aux réparations nécessaires résultant d'avaries de son fait, tantôt le droit d'en offrir seulement le paiement ; ...qu'en l'espèce et eu égard à la nature de la marchandise transportée, ...c'est avec raison que les premiers wagons avaient été réparés ; que la Compagnie du Nord ne saurait prétendre l'ignorer ; que les seconds doivent être mis à la disposition du destinataire dans les mêmes conditions; qu'il convient de décider que dans un délai qui va être imparti, la Compagnie du Nord... sera tenu de livrer en bon état... les vingt-trois wagons à elle remis... sinon à lui en payer la valeur. »

Ainsi le Tribunal de commerce de la Seine, suivait une voie que la pratique même de la Compagnie défenderesse lui montrait parfaitement conciliable avec ses intérêts, elle ordonnait l'accomplissement de travaux comme sanction de l'obligation de faire contractée par le transporteur, sous menace d'une réparation intégrale constituée par le laissé pour compte (1).

La Cour de Paris, saisie du litige sur l'appel de la Compagnie, refusa cependant d'admettre la légalité de la condamnation : « Considérant, dit-elle dans l'arrêt du 24 mars 1887, que l'obligation directe à laquelle est par son contrat, soumis un commissionnaire de transport consiste, après le transport effectué à livrer la marchandise au destinataire ; — que si à raison de la perte de l'objet cette obligation de faire n'est pas remplie, ou si, à raison des avaries, qui diminuent la valeur ou l'utilité de l'objet trans-

(1) Voir aussi Trib. com. de Bourges, 13 mars 1886 ; *Pand.*, 1886.2.165.

porté, elle n'est pas réalisée d'une manière normale, elle se résoud en dommages-intérêts ; — que l'article 1142 du Code civil, ne fait pour l'application du principe qu'il édicte, aucune restriction ; — que le mode de transport, la forme de l'objet transporté ou la nature de sa mise en œuvre ne peuvent créer cette distinction ; — considérant qu'obliger le transporteur à remplacer l'objet perdu ou à réparer les avaries que l'objet transporté a subies, ce serait violer les dispositions formelles de l'article 1142 susvisé ; — que si par exception et pour leur propre convenance quelques Compagnies de Chemins de fer ont parfois procédé à la réparation de certains engins ou appareils roulants du matériel de chemins de fer, il ne peut en résulter une dérogation légale à la règle dont il importe de consacrer le maintien... Dit que l'obligation de la Compagnie du Nord ne pouvait que se résoudre en dommages-intérêts. »

L'échec subi par le Tribunal de commerce de la Seine, ne semble pas avoir découragé les juges consulaires.

Le Tribunal de commerce d'Eu et Tréport le 17 juin 1913 (1) fait une nouvelle tentative pour écarter l'application d'une règle qui lui paraît inopportune, injuste même, laissant une véritable alternative au seul débiteur de l'obligation, alors que l'inexécution est la conséquence de son fait.

L'espèce était cependant moins favorable que la précédente, il s'agissait d'avaries à un moteur, n'ayant donc aucun rapport avec le matériel ordinaire des Compagnies de Chemins de fer.

---

(1) Sous Rouen, 28 fév. 1914 ; *Journ. Trib. com.*, 1915, p. 791.

« Attendu, dit le Tribunal, que si l'article 1142 du Code civil, stipule que toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts, il ne faut pas en conclure que ce mode de réparation est exclusif de tout autre ; que du reste l'article 1144 du même Code stipule de son côté que le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur ; — Attendu que c'est en conformité de ce dernier texte que le demandeur pour éviter toute nouvelle difficulté a demandé que la remise en état fut effectuée aux frais, risques et périls de la Compagnie du Nord... Dit qu'aux termes de l'article 1144 du Code civil le demandeur a le droit de demander que la remise en état du moteur soit faite par la Compagnie. Dit que la remise à l'état de neuf du moteur devra être effectuée par la Compagnie du Nord. »

Le jugement contenait une erreur certaine en ce qu'il essayait d'appuyer sa décision sur l'article 1144 du Code civil, cette disposition permettant seulement au créancier de demander aux Tribunaux l'autorisation de faire exécuter l'obligation par un tiers aux dépens du débiteur, mais non de le condamner lui-même à l'exécution ou à la surveillance des travaux prescrits.

Mais le Tribunal d'Eu voulait comme celui de la Seine condamner la Compagnie du Nord à la réparation de l'objet avarié par sa faute et pour soustraire sa sentence au sort de celle du Tribunal de la Seine il avait cherché, dans une interprétation excessive de l'article 1144, un fondement juridique qui lui aurait permis de sortir de la sphère d'application de l'article 1142.

Il n'échappe pas à la réformation. C'est l'arrêt de la Cour de Rouen du 28 février 1914 :

« Attendu, juge la Cour, que ce qui dans l'espèce a été sollicité et obtenu du Tribunal... n'est pas l'exécution par un tiers d'un travail de pratique courante que l'appelante n'aurait qu'à payer, mais bien la mise à la charge de celle-ci de la réparation d'un appareil spécial, sous la direction de sa responsabilité ; qu'avec raison la Compagnie objecte que ses obligations ne comportent d'autre sanction qu'une indemnmité dans les termes de l'article 1142 du Code civil ; qu'elle ne saurait être tenue à une intervention personnelle, absolument en dehors de son industrie et de ses moyens d'action pour faire remettre en état des objets de nature infiniment variée dont la détérioration fréquente est fatalement inévitable ; qu'il n'est pas douteux en effet que la solution du Tribunal se heurte à des impossibilités pratiques ; qu'elle aggraverait les risques du transporteur et aboutirait si elle était maintenue à de graves abus ; Dit que la Compagnie du Nord ne peut être tenue de faire procéder à ses risques et périls à la réparation du moteur endommagé. »

Relevons ici qu'en même temps que l'obstacle juridique la Cour de Rouen retenait en outre, comme une impossibilité de fait, l'étendue des risques que le principe de la condamnation à la réparation ferait courir aux Compagnies de Chemins de fer. La considération d'un intérêt général, la nécessité de ne pas entraver par une responsabilité trop lourde le fonctionnement de services publics, peut en effet commander de limiter au moins dans une certaine mesure leurs charges.

Nous trouvons encore aux recueils de jurisprudence un autre jugement qui condamne une Compagnie de Chemins de fer à la réparation d'un wagon particulier (1).

Il semble qu'ici les Cours d'appel aient commencé à admettre la possibilité, au moins dans certains cas, de la condamnation à un fait comme sanction d'une obligation de faire. Il est vrai qu'il s'agissait de réparation de wagon particulier, mais la Cour de Paris dans l'espèce de 1885 ne l'avait pas d'abord permis. — « Considérant, dit l'arrêt (2), qu'aux termes d'une doctrine et d'une jurisprudence constantes, le créancier d'une obligation de faire peut demander en justice l'exécution en nature et que le débiteur doit offrir cette exécution pour que ses offres soient satisfactoires ; que, d'autre part, le débiteur n'a pas à se faire juge de l'opportunité de l'exécution en nature ; qu'appliquant ces principes à l'espèce, il convient d'obliger les Chemins de fer de l'Etat à réparer effectivement le wagon litigieux et à le mettre à la disposition de..., dans l'état où il se trouvait quand ils l'ont pris en charge. »

Si la jurisprudence s'orientait dans le sens favorable à la condamnation à une réparation matérielle, la doctrine semblait n'y pas apercevoir d'obstacles, du moins elle admettait dans certains cas cette dérogation nouvelle à l'article 1142.

C'était la conséquence logique de l'admission du laissé pour compte et des justifications qu'elle avait tenté d'en donner.

---

(1) Sous Paris, 14 fév. 1922 ; *Bulletin annoté des Chemins de fer*, 1923, p. 144 ; Paris, 14 fév. 1922 ; *Gaz. Pal.*, 1922.1.436, D. 1922.2.39.
(2) Paris, 14 fév. 1922, préc.

« L'absence de toute disposition restrictive dans la loi, disaient MM. Lyon-Caen et Renault, doit aussi faire admettre que le voiturier peut, soit sur sa demande, soit sur celle de l'expéditeur ou du destinataire, être condamné en cas d'avarie, à réparer l'objet transporté. Il y a là encore un moyen possible dans quelques cas exceptionnels de faire disparaître le dommage causé (1). »

Baudry-Lacantinerie et Wahl hésitent moins encore à approuver la jurisprudence que nous avons relevée, car s'ils admettent à peu près dans les mêmes termes la possibilité de la réparation, ils ne formulent guère de réserve. « En principe, disent-ils, le paiement de l'indemnité doit avoir lieu en argent, cependant aucun texte n'empêche le voiturier, en ce qui concerne l'indemnité relative à la perte d'un objet ou à l'avarie qu'il a subie, de remplacer cet objet ou de réparer l'avarie ; il peut également être condamné à la réparation ou au remplacement (2). »

Roger dans son *Manuel juridique des transports* (3) adopte cette manière de voir : « Aucune disposition restrictive de nos Codes n'empêche les Tribunaux de condamner le voiturier, soit sur sa demande, soit sur celle de l'expéditeur ou du destinataire, à réparer lui-même, en cas d'avarie, l'objet transporté. Il nous semble également que le destinataire ne saurait refuser la remise d'une chose absolument identique et de même valeur, en remplacement de celle qui a été avariée ou perdue. Ce sont là dans des cas exceptionnels il est vrai, des moyens de supprimer le dommage causé. »

---

(1) *Tr. droit commercial,* 4e édit., t. III, n° 617.
(2) *Contrat de Louage,* t. II, 2e édit., n° 2604.
(3) T. I, n° 242.

Et le même auteur, quelques pages plus loin, prend acte dans le sens de l'opinion qu'il a ainsi exprimée de l'arrêt de la Cour de Paris du 14 février 1922 : « La Cour de Paris estime que l'obligation du voiturier de remettre en bon état au destinataire ou au propriétaire de la marchandise l'objet confié, implique une obligation de faire, c'est-à-dire, de faire la réparation, en cas d'avarie, si le propriétaire l'exige, par suite, cette obligation de faire peut comporter une astreinte de tant par jour jusqu'à ce qu'elle soit exécutée. » C'est ce qu'avaient fait les Tribunaux de commerce de la Seine, d'Eu et du Tréport, et également la Cour de Paris : la condamnation à la réparation et une contrainte pour en assurer l'exécution.

Cependant d'autres auteurs maintenaient toujours que c'était là méconnaître le principe posé par l'article 1142 du Code civil et que l'absence de dispositions légales ne permettait pas aux Tribunaux de recourir à de telles mesures.

Pour Planiol, nous l'avons vu, les dommages-intérêts accordés au créancier sont toujours fixés en argent : « Les juges ne pourraient pas donner un autre objet que de l'argent à leur condamnation (1). »

M. Josserand conclut, de ce que l'obligation qui incombe au voiturier est une obligation contractuelle de faire, que pareille obligation, si elle vient à demeurer inexécutée en totalité ou en partie, « se résoud en dommages-intérêts conformément à l'article 1142 du Code civil et sans qu'il puisse d'ailleurs être question de faire intervenir l'exécution en nature dans les conditions prévues par l'article 1144.

---

(1) Planiol, *op. cit.*, t. II, n° 224.

Vainement la victime du dommage, de l'avarie, émettrait-elle la prétention de faire condamner le voiturier à procéder lui-même à la réparation des objets endommagés en cours de transport, ce mode d'indemnisation est à rejeter, soit à raison du principe écrit dans l'art. 1142 du Code civil, soit parce qu'aucune disposition légale n'autorise les Tribunaux à y recourir (1). »

C'est en cet état que la Cour de Cassation fut amenée à se prononcer.

Une Compagnie de Chemins de fer avait pris en charge, pour leur faire effectuer un certain parcours, des objets mobiliers. Ils subirent pendant le déplacement des détériorations nécessitant d'importantes réparations. Les propriétaires demandèrent à la Compagnie de les faire effectuer avant de les leur livrer ; elle s'y refusa, offrant seulement une indemnité représentative du préjudice causé.

Le Tribunal de commerce saisi du conflit donne satisfaction aux demandeurs. La Compagnie fait appel devant la Cour de Riom qui par arrêt du 7 décembre 1922 confirme le jugementt.

Pourvoi. La Cour Suprême casse :

« Attendu, dit-elle, qu'aucune disposition légale n'autorise les Tribunaux à condamner une partie en réparation d'un dommage causé par elle à exécuter un acte qui ne lui est imposé ni par une convention ni par la loi alors qu'elle refuse de l'accomplir. Attendu que des meubles... ayant été avariés en cours de transport, l'arrêt attaqué, rejetant l'offre d'une indemnité faite par la Compagnie l'a condamnée à

---

(1) Josserand, *Transports*, n° 613 et n. 2.

faire réparer elle-même et à ses frais par des ouvriers qualifiés, les meubles avariés, qu'en statuant ainsi elle a violé le texte susvisé (art. 1142 du C. civ.) (1) »

Cette décision reproduisait à peu près les termes de deux arrêts antérieurs.

Nous avons jusqu'ici intentionnellement laissé de côté la jurisprudence de la Cour de Cassation, nous sommes ainsi conduits à l'examiner.

Notre matière paraît en effet avant l'arrêt du 4 juin 1914 avoir donné lieu seulement à deux décisions.

La première est l'arrêt du 21 juillet 1846 (2). La commune de Saint-Martin-des-Pallières était titulaire de droits d'usages dans une forêt appartenant au comte de Boisgelin. Ce dernier en faisant effectuer une coupe d'arbres avait porté atteinte à ces droits. La Commune avait intenté une action en dommages-intérêts, et la Cour Royale qui avait connu de l'affaire, pour sauvegarder les droits de la Commune avait imposé au propriétaire un nouvel aménagement de la forêt, aménagement modificatif de sa jouissance. La Cour Suprême cassa cette décision. Nous retrouvons dans les motifs les termes repris par l'arrêt de 1924.

« Attendu qu'aucune disposition de la loi n'autorise les Tribunaux à changer la nature des dommages-intérêts et à les convertir comme dans l'espèce en un règlement de jouissance ou en un aménagement auquel se refusait le propriétaire ; Attendu que par la nature de l'action sur laquelle l'arrêt a statué, comme par la cause de cette action, qui dérivait d'une obligation de ne pas faire, le comte de Boisgelin ne

(1) Civ., 4 juin 1924, S. 1925.1.97, et note Hugueney.
(2) P. 1846.2.741.

pouvait subir d'autre condamnation que celle des dommages-intérêts, dont la Cour Royale pouvait déterminer la quotité par une appréciation qui lui appartenait exclusivement ; Attendu dès lors que l'arrêt attaqué, en ordonnant qu'à l'avenir le comte de Boisgelin sera obligé d'aménager par quart la coupe de la partie du defens qui lui appartient, qu'il ne pourra effectuer la première coupe que dans une période de cent ans et les autres jusqu'à vingt-cinq ans de distance par chaque quart, a violé le texte de la loi précitée (art. 1142 du C. civ.). »

Le second arrêt (9 juillet 1888) (1) a été rendu dans une espèce analogue à la précédente en matière de droits de jouissance portant sur une forêt. C'est le propriétaire qui actionnait une commune titulaire d'un droit d'affouage. La Commune de Rivel avait abandonné sur le sol une partie des bois qu'elle devait enlever, causant ainsi un préjudice au propriétaire de la forêt. Les Tribunaux avaient condamné à titre de dommages-intérêts la Commune à l'enlèvement, outre la portion de bois lui incombant, de l'excédent de bois coupé laissé par les Consorts de Puivert sur le sol de la forêt, enlèvement que seuls les propriétaires étaient tenus d'opérer. Les premiers juges avaient en outre réservé pour le cas d'inexécution la fixation ultérieure d'une réparation pécuniaire.

Ici encore et comme en 1846, la Cour Suprême refuse d'homologuer une décision qui, suivant elle, méconnaissait les principes qui régissent l'allocation des dommages-intérêts et violait l'article 1142.

---

(1) P. 1889.1.928.

Dans les deux espèces, le juge avait imposé à titre de dommages-intérêts l'exécution d'un acte qui n'était prescrit à la partie condamnée ni par la convention, ni par la loi.

Mais comme le fait très exactement remarquer M. Hugueney (dans sa note relative à l'arrêt de 1924), c'était dans ces deux cas obliger en réalité la partie qui succombait, à faire quelque chose d'essentiellement différent de l'obligation originaire.

Dans l'espèce de 1846, le propriétaire ne devait pas porter atteinte aux droits communaux, mais, sauf cette réserve, il pouvait jouir de son bien librement ; la condamnation aboutissait à modifier le fond même de sa jouissance. Dans celle de 1888 la Commune se trouvait obligée à l'accomplissement de travaux sans rapport avec son droit d'affouage. Les juges avaient donc aboli ou faussé les rapports de droit existant entre les parties. La sanction n'était pas constitutive de réparation.

L'arrêt de la Cour de Riom encourait-il ce reproche? — Il ne le semble pas, car l'obligation de livrer, conséquence du contrat de transport, implique à n'en pas douter, celle de livrer en bon état, d'où l'obligation de réparer. L'espèce était donc beaucoup plus favorable à une condamnation différente de simples dommages-intérêts, si elle apparaissait susceptible de mieux faire disparaître le dommage.

La Cour de Cassation s'y est opposée uniquement sur le terrain légal, donnant ainsi à penser que le seul obstacle qu'elle voyait à la condamnation à une réparation matérielle était bien l'article 1142 du Code civil.

La portée de cette décision aurait été toute autre, si elle avait été motivée, en fait, par la considération, retenue par la Cour de Rouen, d'une charge excessive pour les transporteurs. Elle n'aurait pas contredit à la pratique qui cherchait à s'instaurer et qui aurait rapproché les solutions de notre jurisprudence des systèmes relevant du principe de la condamnation en nature.

L'arrêt de 1924 fondé uniquement en droit, barre au contraire la route à cet effort nouveau des juges du fait pour restreindre encore le domaine d'application de l'article 1142.

L'espèce soumise à la Cour de Cassation était à cet égard particulièrement intéressante. Elle visait en effet des meubles transportés par une Compagnie de Chemins de fer, c'est-à-dire des objets dont la fabrication ou la réfection ne rentrent pas dans les attributions de ces organismes.

Si l'arrêt avait en rejetant le pourvoi, admis la possibilité de substituer à l'équivalent pécuniaire la prestation en nature qui répondait le mieux à l'exécution attendue par le créancier, il aurait eu une portée générale et aurait encouragé les Tribunaux à s'attribuer dans les rapports contractuels toute liberté d'appréciation quand à la nature de la réparation.

L'hostilité de la Cour de Cassation est si bien avant tout juridique, qu'en matière même d'avaries survenues à des wagons particuliers, c'est-à-dire à un matériel pour lequel, dans leur développement présent, les Compagnies de Chemins de fer possèdent des ateliers spécialisés, elle refuse de la leur imposer.

Ici la charge n'apparaît pas cependant excessive. Vous recevez un de mes wagons, il roule comme les

vôtres, sous votre direction, un accident lui arrive par votre faute, pourquoi la réparation qui m'est due serait-elle moins lourde que celle de votre propre matériel ?

La Cour de Cassation a cependant, à cet égard, posé le principe que les organismes transporteurs n'y sont ou ne peuvent y être contraints que si les réparations rentrent dans celles prévues aux tarifs ou conditions des transports, auxquels adhèrent implicitement les usagers des Compagnies de Chemins de fer, en s'adressant à elles. C'est ce qui résulte d'un arrêt du 19 janvier 1926 (1) qui débute par le rappel du principe de l'article 1142 : « Attendu, y lisons-nous, que si, aux termes de cet article, l'obligation de faire ou de ne pas faire se résoud en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur, il résulte des dispositions suivantes que le créancier a néanmoins le droit de réclamer l'exécution en nature chaque fois qu'il y a possibilité de l'imposer; qu'en pareil cas le juge du fond doit justifier la condamnation par la constatation d'une obligation susceptible de cette exécution. »

Le souci que prend la Cour Suprême de rattacher sa décision à l'article 1142 est significatif, car indépendamment de ce texte, elle pouvait la justifier sur le terrain contractuel, par cette considération qu'en énumérant limitativement les caractères des réparations qui incombent aux Compagnies, les tarifs excluaient par là même toutes autres réparations.

La Cour d'Orléans, désignée comme Cour de renvoi, a appliqué les principes posés par la Cour de

---

(1) *Gaz. Pal.*, 5 mars 1926.
(2) Orléans, 18 octobre 1927 ; *Gaz. Pal.*, 20 décembre 1927.

Cassation. Elle a trouvé l'obligation de réparation de la Compagnie des Chemins de fer de l'Etat dans les dispositions du tarif, qui visaient en effet la plupart des dégâts causés aux wagons litigieux.

Il est à noter d'ailleurs que postérieurement à l'arrêt de la Cour de Paris, la Compagnie de l'Etat avait effectué volontairement les réparations indiquées par l'expert.

Nous pouvons donc conclure que la Cour de Cassation refuse de sanctionner le principe de la condamnation à effectuer une réparation matérielle ; disons qu'elle recule devant une mesure donnant au créancier le droit d'obtenir autre chose qu'une compensation pécuniaire.

Faut-il l'en blâmer ?

La réparation matérielle est, comme l'obligation qu'elle viendrait sanctionner, une véritable obligation de faire qui si elle en conditionne l'exécution exacte, n'en nécessite pas moins un acte nouveau et distinct du débiteur. Or il est certain que le Code ne prévoit au cas d'inexécution que la résolution en dommages-intérêts, c'est-à-dire en une créance d'indemnité.

L'esprit de la loi peut permettre de retarder le moment de la résolution ou de chercher par des moyens indirects à l'écarter, mais la solution que nous envisageons ici est différente. Elle ajoute une obligation à l'obligation primitive, et si intimement liées que soient ces deux obligations, on peut hésiter, en présence d'un texte qui prévoit seulement une compensation pécuniaire (1), à accueillir une sanction sur lequel le législateur ne s'est pas prononcé.

---

(1) V. P. Esmein, t. II, n° 822.

Mais abstraction faite de cet obstacle, la mesure envisagée par les Tribunaux de commerce, et désirée par la pratique, soulève-t-elle d'autres objections ?

Nous ne le pensons pas, car si l'objet peut être encore utilisable après réparation, il n'est que juste que les risques et les ennuis en soient supportés par l'auteur du dommage.

La réparation matérielle n'est pas, au demeurant, une mesure d'une nature tellement différente du laissé pour compte, et la raison produite contre elle par la Cour de Rouen d'impossibilités pratiques, de l'aggravation des risques du transporteur, de la crainte d'abus, pourrait conduire seulement à laisser aux Tribunaux un large pouvoir d'appréciation pour en éviter les excès.

§ 2. — *Dans les obligations délictuelles et quasi-délictuelles.*

L'article 1142 est si bien le seul obstacle que la jurisprudence ait vu à l'admission au cas d"inexécution d'obligations de faire de la réparation matérielle, qu'elle n'a pas hésité à recourir à d'autres sanctions que les sanctions pécuniaires au cas où le dommage a son origine dans un délit ou un quasi-délit.

En matière de diffamation, de dénonciation calomnieuse, elle ordonne à titre de réparation civile et comme le moyen le plus propre à donner satisfaction à la partie lésée, l'insertion des jugements ou arrêts dans des journaux aux frais du condamné (1). Une

---

(1) Cr., 25 avril 1862, D. 1863.5.123 ; 24 nov. 1864, D. 1865.5.126 ; 9 déc. 1869, S. 70.1.104 ; 9 août 1880, S. 81.1.858.

atteinte a été portée à l'honneur ou à la considération de la victime, la décision qui en proclame l'injustice, sera publiée ; c'est la mesure de réparation la plus adéquate à ce genre de préjudice.

Au cas de troubles de voisinage, les Tribunaux prescrivent les travaux de nature à faire disparaître ou à atténuer la gêne occasionnée aux propriétaires voisins; ils interdisent parfois l'emploi d'instruments mécaniques particulièrement bruyants ou de procédés dangereux ou insalubres ; dans certains cas ils sont même allés jusqu'à ordonner la fermeture d'un établissement cause de dommage pour les tiers, quand cette mesure apparaît seule susceptible de prévenir le préjudice.

Les articles 1143 et 1144 du Code civil ne peuvent justifier de telles sanctions, car ils autorisent seulement l'édification ou la suppression de travaux qui peuvent être effectués en dehors de celui qui en est débiteur.

Les condamnations que nous envisageons ici nécessitent au contraire un acte personnel ou une abstention permanente.

Vis-à-vis de celui qui les encourre, elles n'ont même pas un caractère pécuniaire. Les mesures de réparation ordonnée l'obligent à un fait.

Elles sont donc en opposition avec la règle dont nous étudions les conséquences, et cependant la jurisprudence se reconnaît à leur égard dans les obligations délictuelles un pouvoir souverain d'appréciation. Sur de simples considérations de fait, elle prononce tantôt une indemnité, tantôt tout autre mode de réparation, si bien que l'on peut dire que la règle

générale de l'exécution exacte a gardé toute sa valeur pour cette catégorie d'obligations (1).

Ce sont cependant indiscutablement des obligations de ne pas faire. La responsabilité délictuelle est la conséquence de l'atteinte portée par un individu à une situation de fait constituant pour les tiers un droit : droit à son intégrité physique ou morale, droit au respect de ses intérêts patrimoniaux. Celui qui par son fait fautif cause à autrui un dommage est tenu d'en assurer la réparation.

Cela n'implique-t-il pas que le devoir de l'auteur du dommage était de respecter le droit d'autrui en ne lui occasionnant pas par son fait ou par sa négligence un préjudice injuste : obligation de ne pas faire.

Pour quelle raison ces obligations vont-elles échapper à l'application de l'article 1142 ?

La jurisprudence s'appuie sur un argument de texte.

« Attendu, dit un arrêt de la Cour de Cassation, que si le plus ordinairement la réparation d'un dommage est évaluée en argent, les termes mêmes de la loi n'excluent point d'autres modes de réparations de nature à donner une juste satisfaction à la partie lésée (2).

« Attendu, dit-elle encore, visant expressément un moyen tiré de l'existence des articles 1142 et suivants du Code civil, que ces articles ont pour objet de sanctionner les engagements contractuels et que

---

(1) *Contra*, P. Esmein, t. II, n° 780 et n. 2.
(2) Req., 9 août 1880, P. 1881.1.868.

la Cour n'a pu les violer en statuant sur la réparation des dommages causés par un délit (1). »

La raison donnée de cette différence de régime est donc la suivante : l'article 1142, placé dans le Code civil au titre des Contrats, n'a pas été reproduit au titre des « Engagements qui se forment sans convention » ; l'article 1382, d'autre part, édicte seulement en termes généraux l'obligation de réparation, sans spécifier sous quelle forme elle sera imposée à l'auteur du dommage : « Le principe général qui sert de base à l'obligation à des dommages-intérêts, se trouve pour la faute contractuelle dans l'article 1147 du Code civil ; pour la faute délictuelle dans les articles 1382 et 1383 (2). »

Le Code n'entraverait donc pas pour les obligations autres que les obligations contractuelles la liberté de décision du juge, aussi ce dernier estimant, avec juste raison, qu'il ne convenait pas d'étendre l'application de l'article 1142, se l'est-il réservée.

Cette justification ne nous paraît pas bien sérieuse, car il n'existe aucune bonne raison de soumettre à un sort différent des obligations qui présentent les mêmes possibilités d'exécution comme elles se heurtent d'ailleurs aux mêmes difficultés.

Dans les obligations délictuelles et quasi-délictuelles, comme dans les obligations contractuelles, le dommage est causé à une personne ou à un patrimoine, il est le résultat de l'inobservation d'un devoir ou de la méconnaissance d'un droit, le préjudice est

---

(2) Req., 6 juin 1896, S. 1900.1.516. V. dans même sens, Cons. d'Etat, 26 juin 1892, S. 96.3.57.

(2) Lyon-Caen, note sous Cass., P. 85.1.279.

à peu près identique, les moyens d'exécution qui peuvent être employés sont les mêmes, pourquoi la sanction serait-elle d'une nature différente ? (1).

J'ai remis à un dépositaire des meubles dont il s'est engagé à assurer la garde ; l'un d'eux se trouve endommagé par suite de sa négligence, obligation contractuelle, je n'obtiendrai que des dommages-intérêts. Un entrepreneur de spectacles établit une salle dans mon voisinage, il lui sera, parce qu'obligation quasi-délictuelle, ordonné d'élever un mur pour empêcher que le bruit ne vienne troubler mon repos.

Dans la seconde hypothèse j'obtiens une satisfaction complète, une réparation en nature ; dans la première, si la réparation n'est pas accomplie volontairement, je devrai me contenter d'une indemnité, très vraisemblablement insuffisante, avec en outre le désagrément d'avoir à m'occuper de la réparation de mon meuble.

Il semble que rien en équité et en raison ne puisse justifier cette inégalité de traitement.

Elle bénéficie en réalité au débiteur contractuel. Ce dernier serait-il dans un cas moins coupable que dans l'autre ? mériterait-il une sorte de limitation de sa responsabilité ?

Constatons que la réparation en nature sera imposée même au cas d'une simple négligence, d'une inattention, beaucoup moins répréhensibles que la faute contractuelle, commise par un débiteur qui ne peut ignorer l'étendue de ses obligations, et dont l'inexé-

(1) P. Esmein, *op. cit.*, t. I, n° 489, p. 677.

cution n'aura pas nécessairement des conséquences moins graves ?

L'inexécution de l'obligation contractuelle, quand elle est le résultat d'un calcul du débiteur, d'une véritable faute, d'un dol, devrait être, à notre avis, aussi et même plus sévèrement réprimée que la faute délictuelle ou quasi-délictuelle quand cette dernière surtout ne revêt pas un caractère pénal bien caractérisé.

Cette considération d'une hiérarchie des fautes contractuelles n'a pas complètement échappé aux rédacteurs du Code civil, puisqu'ils ont dans l'article 1150 mis à la charge du débiteur qui n'a pas exécuté l'obligation par dol, des dommages-intérêts plus étendus que ceux qui ont été prévus ou ont pu l'être lors du contrat.

Mais même dans ce cas, l'indemnité accordée au créancier sera encore insuffisante, puisque l'article suivant limite encore les dommages-intérêts à ce qui, perte éprouvée ou gain manqué par le créancier, est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention. La sanction de l'obligation contractuelle demeure ainsi très différente de celle de l'obligation délictuelle.

Différente parfois quant à sa nature, elle en diffère encore dans son taux.

Quand en effet la jurisprudence n'accordera pas au créancier une véritable réparation en nature, soit qu'elle paraisse impossible ou inutile, soit que le débiteur s'y refuse et qu'on ne puisse l'y contraindre ou que la contrainte demeure sans effet, limites nous

l'avons vu de l'exécution en nature, elle calculera l'indemnité sur cette exécution et sur le préjudice intégral d'une manière qui en fera un véritable équivalent.

Elle compense le préjudice moral, elle tient compte non seulement du préjudice immédiat et direct, mais encore du préjudice indirect pourvu qu'il soit une *conséquence certaine* du fait illicite, en un mot de tous les éléments de préjudice (1).

Est-il juste d'en priver le créancier d'une obligation contractuelle ? Très certainement non, alors surtout qu'en n'accomplissant pas le fait promis, en agissant à l'encontre de l'obligation négative qui lui est imposée, et en se refusant encore à la réparation susceptible d'annuler le dommage, il se rend coupable de fautes qui doivent interdire à son égard la moindre indulgence.

Les Tribunaux auraient-ils pu et pourraient-ils unifier le régime de réparation des deux catégories d'obligations dans le sens le plus favorable pour le créancier de la réparation en nature ou de la réparation intégrale ?

En ce qui concerne le dommage moral, il ne semble pas que le Code contienne aucune disposition s'op-

---

(1) V. Josserand, *Cours Droit civil*, t. II, nos 628 et 630 et sa note sous req., 14 déc. 1926, D. 1927.1.105, p. 107, 2e col. ; Aubry et Rau, t.VI, § 445, p. 352 ; Bartin, *eod.*, note 9 *undecies*. *Contra*, P. Esmein, t. II, nos 857 et suivants. L'opinion de M. Josserand nous paraît exprimer plus exactement l'état de la jurisprudence, bien que le fait que le rapport de causalité entre la faute et le dommage est avant tout une question d'appréciation, rende assez malaisé une distinction précise. Les décisions rendues en matière délictuelle prennent soin, ce qui est significatif, d'écarter dans leurs motifs, l'application des articles 1149, 1150 et 1151 C. Civ. Voir not. Req., 14 déc. 1926, D. 1927.1.105.

posant à ce qu'il soit « pris en considération pour la détermination de l'indemnité contractuelle ».

L'article 1151 par contre, exclut la réparation du dommage indirect et seule la suppression des mots « suite immédiate et directe » permettrait à la jurisprudence, au cas de refus d'exécution en nature ou de refus de la réparation matérielle, d'indemniser le créancier de tout le préjudice actuel ou prévisible qui résulte de l'inexécution.

L'article 1151 entrave nécessairement une évolution jurisprudentielle, aussi sur ce point les considérations de simple équité qui condamnent le système actuel peuvent-elles seulement motiver un appel à l'intervention du législateur.

Le scrupule qui a fait reculer la Cour de Cassation devant la condamnation à une réparation matérielle est-il d'autre part justifié ? L'article 1142 constitue-t-il lui aussi un obstacle insurmontable ?

Dans ses termes sans nul doute, suivant son esprit nous ne le pensons pas et ce que nous avons vu de laissé pour compte en est bien la preuve.

Que dans certains cas on puisse, comme l'exprime une des décisions que nous avons rappelées en matière de transport (1), reculer devant une véritable impossibilité pratique, peut-être. Ce n'est pas là motif suffisant pour ne jamais ordonner une réparation qui, constitutive d'exécution en nature, n'est après tout que la suite logique de l'inexécution.

Quand le créancier devrait y renoncer, il conviendrait de calculer en tout cas, et ce ne serait que justice, l'indemnité sur les avantages de l'exécution

---

(1) V. Rouen, 28 fév. 1914, préc., p. 90 et 92.

même, en tenant compte par conséquent de tous les éléments d'un préjudice qu'aurait effacé la réparation. La condamnation pécuniaire mériterait alors, mais alors seulement le nom d'équivalent auquel elle ne répond aujourd'hui qu'incomplètement.

Les Tribunaux auraient-ils même d'ailleurs à se faire juge de la possibilité de la réparation. C'est une question que le débiteur est seul vraiment qualifié pour résoudre. Il se trouverait placé en présence du dilemme suivant : réparation ou indemnisation intégrale. Le créancier, certain de recevoir l'équivalent de l'exécution, n'aurait plus guère, il faut le reconnaître, d'intérêt à préférer l'une des solutions à l'autre.

C'est le débiteur qui, sans qu'il soit besoin d'autre contrainte, éxercerait en réalité son choix entre la réparation et son équivalent exact et il y a tout lieu de penser qu'en présence de l'éventualité d'une condamnation lourde il chercherait avant tout à s'exécuter dans les termes mêmes du lien contractuel.

CONCLUSION

Nous pouvons maintenant mesurer le bien fondé des critiques soulevées par les solutions françaises du problème de l'exécution des obligations de faire.

La jurisprudence nous est apparue partagée entre deux tendances : d'une part, résistance à la pleine utilisation des possibilités d'exécution en nature ouvertes par le Code civil ; d'autre part des initiatives hardies, extralégales, pour y contraindre le débiteur ou en tout cas en procurer au créancier, comme avec le laissé pour compte, un équivalent exact.

La contradiction n'est d'ailleurs qu'apparente, car il semble bien que des décisions d'espèce se dégage le désir des juges du fait de conquérir un pouvoir d'appréciation très large qui leur permette, suivant les circonstances, de choisir pour chaque exécution une sanction adéquate.

Cette conception, au moins dans son principe, ne différerait pas sensiblement des systèmes étrangers qui, ou comme le Code civil allemand, assimilent la disproportion de la réparation en nature à une impossibilité d'exécution, ou même comme le Code fédéral suisse,, laissent au juge toute liberté de décision, si la Cour de Cassation n'avait pas mis obstacle à l'achèvement de cette construction jurisprudentielle, par son refus d'accueillir la réparation matérielle et si l'indemnité octroyée à défaut d'exécution ou de répa-

ration matérielle possible, avait en tout cas la mesure d'une véritable réparation.

Le développement de la jurisprudence a été très certainement entravé sur ces deux points par l'article 1142 du Code civil et la réglementation des dommages-intérêts.

Peut-être, étant donné le sens que comporte aujourd'hui l'article 1142, aurait-elle pu cependant passer outre à cette difficulté. Mais mieux vaudrait lui rendre sa complète liberté en abrogeant un texte qui ne présente plus de véritable utilité, les limites à l'exécution forcée résultant des seuls moyens mis pas le Code de procédure à la disposition des créanciers (1).

Le droit du créancier d'obtenir l'exécution ou à défaut une réparation intégrale, qu'elle soit matérielle ou pécuniaire, ne serait plus voilé par un principe injustement restrictif de résolution en dommages-intérêts.

Munie d'un pouvoir souverain quant à la nature de la réparation, la jurisprudence serait inévitablement amenée à calculer l'équivalent pécuniaire sur les avantages de l'exécution ou de la réparation en nature et si les règles d'évaluation des dommages-intérêts lui paraissaient une entrave sérieuse, elle saurait en demander au législateur l'assouplissement.

Il est donc possible d'étendre le domaine de l'exécution en nature dans notre pratique judiciaire par

---

(1) Le projet franco-italien du Code des Obligations dans son article 87 qui est une fusion des articles 1136 et 1142 du Code civil pose seulement la règle suivante : Le débiteur est tenu à l'exécution complète de l'obligation et à défaut à des dommages-intérêts.

l'utilisation plus suivie, plus rigoureuse des articles 1143 et 1144 du Code civil, et la reconnaissance du droit à la réparation matérielle.

Restent les hypothèses nombreuses dans lesquelles l'exécution en nature n'est pas possible, soit en raison de l'objet de l'obligation, soit en raison de la morosité du débiteur. La sanction est l'indemnisation complète, qui n'étant que juste vis-à-vis du créancier ôterait d'autre part au débiteur l'espoir qu'il fonde sur les conséquences qu'entraînera pour lui l'inexécution.

Elle rendrait plus indifférentes pour le créancier les tendances plus ou moins favorables à l'exécution en nature des diverses juridictions nationales ou étrangères.

La condamnation pécuniaire revêt ainsi le caractère d'une solution générale. Mais on ne peut à notre avis, y voir la sanction unique du problème des obligations de faire.

Sans doute, au moins dans les périodes de stabilité économique, elle a des avantages de simplicité et de rapidité d'exécution, elle met un terme définitif aux conflits en évitant les discussions ultérieures que peut soulever l'exécution des réparations matérielles, et elle est d'une administration facile. Mais, elle présente l'inconvénient de laisser à l'arbitraire du juge l'appréciation du préjudice effectivement subi par le créancier et nous avons vu que l'intérêt primordial de l'exécution ou de la réparation en nature était précisément en annulant le dommage d'éviter les risques d'une sous-estimation.

La condamnation à un équivalent pécuniaire doit donc conserver son rôle de subsidiaire, mais elle ne

le remplira complètement que si elle a comme mesure le préjudice intégral que cause au créancier l'inexécution et qu'aurait effacé l'exécution ou la réparation en nature.

La réalisation du système que nous avons esquissé nécessite, pour la suppression de l'article 1142 et peut-être la réparation du préjudice indirect, l'intervention du législateur. Il appartiendra ensuite à la jurisprudence de lui donner sa pleine efficacité.

Elle ménage nous l'avons vu le débiteur aux dépens de la partie lésée ; elle répugne à l'emploi de condamnations rigoureuses. Cette indulgence n'est aucunement justifiée.

La moralité publique est en baisse, l'appât du gain fait méconnaître les droits d'autrui, les engagements sont violés et les contrats eux-mêmes perdent leur valeur et tendent à devenir des « chiffons de papier ». Le devoir des cadres sociaux est de résister à ces tendances et d'en sanctionner les manifestations avec rigueur.

Dès actuellement les Tribunaux peuvent dans une large mesure satisfaire les justes aspirations qui lui sont manifestées, en n'hésitant pas à accorder au créancier le bénéfice de l'exécution aux dépens du débiteur et à lui assurer une indemnisation plus complète et plus exacte en prenant au moins en considération dans le domaine contractuel, le préjudice moral.

Ils hâteront ainsi le moment où le principe de la réparation substitué à celui de la résolution en dommages-intérêts viendra assurer en France le respect des obligations.

VU :

Le Président de la thèse :

Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE,

VU :

Le Doyen :

Ch. BODIN.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Rennes, le 9 mai 1931,

Le Recteur :

H. DAVY.

IMPRIMERIE COMMERCIALE DE BRETAGNE
7, rue des Francs-Bourgeois — RENNES